ترجمه کتاب المکاسب

جلد ۱-۴

مبحث بیع

مرحوم شیخ مرتضی انصاری (ره)

مترجم: اصغر محمدی همدانی

بسم الله الرحمن الرحیم

المكاسب

كاتب:

مسعود شفيعى كيا

نشرت فى الطباعة:

احسن الحديث

رقمى الناشر:

مركز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

الفهرس

المکاسب

اشارۀ

سرشناسه : انصاری، مرتضیبن محمدامین، ق۱۲۸۱ - ۱۲۱۴
عنوان و نام پدیدآور : ...المکاسب / مرتضی الانصاری؛ التحقیق مرکز التحقیقات لموسسه احسن الحدیث
مشخصات نشر : قم: احسن الحدیث، ۱۴۲۱ق. = ۱۳۷۹.
مشخصات ظاهری : ج ۳
شابک : ۹۶۴-۵۷۳۸-۱۱-۳(دوره) ؛ ۹۶۴-۵۷۳۸-۰۸-۳۱۵۰۰۰ریال:(ج.۱) ؛ ۹۶۴-۵۷۳۸-۰۹-۱۲۲۰۰۰ریال:(ج.۲) ؛ ۹۶۴-۵۷۳۸-۱۰-۵۱۷۰۰۰ریال:(ج.۳)
یادداشت : فهرستنویسی براساس اطلاعات فیپا.
یادداشت : کتابنامه
موضوع : معاملات (فقه)
شناسه افزوده : موسسه احسن الحدیث. مرکز تحقیقات
رده بندی کنگره : BP۱۹۰/۱/الف۸م۷ ۱۳۷۹
رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۷۲
شماره کتابشناسی ملی : م۷۹-۲۷۷۱

الجزء الأول

اشارۀ

بسم الله الرحمن الرحیم الحمد لله رب العالمین و الصلاۀ و السلام علی محمد و آله الطاهرین و لعنۀ الله علی أعدائهم أجمعین إلی یوم الدین

فالاکتساب المحرم أنواع

و ینبغی أولا التیمن بذکر بعض الأخبار

اشارۀ

الواردۀ علی سبیل الضابطۀ للمکاسب من حیث الحل و الحرمۀ فنقول مستعینا بالله تعالی

[روایۀ تحف العقول]

[روایۀ تحف العقول]

روی فی الوسائل و الحدائق عن الحسن بن علی بن شعبۀ فی کتاب تحف العقول: عن مولانا الصادق ص حیث سئل من معایش العباد

فقال جمیع المعایش کلها من وجوه المعاملات فیما بینهم مما یکون لهم فیه المکاسب أربع جهات و یکون فیها حلال من جهة و حرام من جهة فأول هذه الجهات الأربع الولایة- ثم التجارة ثم الصناعات ثم الإجارات و الفرض من الله تعالی علی العباد فی هذه المعاملات الدخول فی جهات الحلال و العمل بذلک و اجتناب جهات الحرام منها فإحدی الجهتین من الولایة ولایة ولاة العدل الذین أمر الله بولایتهم علی الناس و الجهة الأخری ولایة ولاة الجور فوجه الحلال من الولایة ولایة الوالی العادل و ولایة ولاته بجهة ما أمر به الوالی العادل بلا- زیادة و نقیصة فالولایة له و العمل معه و معونته و تقویته حلال محلل و أما وجه الحرام من الولایة فولایة الوالی الجائر و ولایة ولاته و العمل لهم و الکسب لهم بجهة الولایة معهم حرام محرم معذب فاعل ذلک علی قلیل من فعله أو کثیر لأن کل شیء من جهة المعونة له معصیة کبیرة من الکبائر و ذلک أن فی ولایة والی الجائر دروس الحق کله و إحیاء الباطل کله و إظهار الظلم و الجور و الفساد و إبطال الکتب و قتل الأنبیاء و هدم المساجد و تبدیل سنة الله و شرائعه فلذلک حرم العمل معهم و معونتهم و الکسب معهم إلا بجهة الضرورة نظیر الضرورة إلی الدم و المیتة و أما تفسیر التجارات فی جمیع البیوع و وجوه الحلال من وجه التجارات التی یجوز للبائع أن یبیع مما لا یجوز له و کذلک المشتری الذی یجوز له شراؤه مما لا یجوز فکل مأمور به مما هو غذاء للعباد و قوامهم به فی أمورهم فی وجوه الصلاح الذی لا یقیمهم غیرها مما یأکلون و یشربون و یلبسون و ینکحون و یملکون و یستعملون من جمیع المنافع التی لا یقیمهم غیرها و کل شیء یکون لهم فیه الصلاح من جهة من الجهات فهذا کله حلال بیعه و شراؤه و إمساکه و استعماله و هبته و عاریته و أما وجوه الحرام من البیع و الشراء فکل أمر یکون فیه الفساد مما هو منهی عنه من جهة أکله و شربه أو کسبه أو نکاحه أو ملکه أو إمساکه أو هبته أو عاریته أو شیء یکون فیه وجه من وجوه الفساد نظیر البیع بالربا أو بیع المیتة أو الدم أو لحم الخنزیر أو لحوم السباع من صنوف سباع الوحش أو الطیر أو جلودها أو الخمر أو شیء من وجوه النجس فهذا کله حرام محرم لأن ذلک کله منهی عن أکله و شربه و لبسه و ملکه و إمساکه و التقلب فیه فجمیع تقلبه فی ذلک حرام و کذلک کل مبیع ملهو به و کل منهی عنه مما یتقرب به لغیر الله عز و جل أو یقوی به الکفر و الشرک فی جمیع وجوه المعاصی أو باب یوهن به الحق فهو حرام محرم بیعه و شراؤه و إمساکه و ملکه و هبته و عاریته و جمیع التقلب فیه إلا- فی حال تدعو الضرورة فیه إلی ذلک و أما تفسیر الإجارات فإجارة الإنسان نفسه أو ما یملک أو یلی أمره من قرابته أو دابته أو ثوبه بوجه الحلال من جهات الإجارات أن یؤجر نفسه أو داره أو أرضه أو شیئا یملکه فیما ینتفع به من وجوه المنافع أو العمل بنفسه و ولده و مملوکه و أجیره من غیر أن یکون وکیلا للوالی أو والیا للوالی فلا بأس أن یکون أجیرا یؤجر نفسه أو ولده أو قرابته أو ملکه أو وکیله فی إجارته لأنهم وکلاء الأجیر من عنده لیس هم بولاة الوالی نظیر الحمال الذی یحمل شیئا معلوما بشیء معلوم فیجعل ذلک الشیء الذی یجوز له حمله بنفسه أو بملکه أو دابته أو یؤاجر نفسه فی عمل یعمل ذلک العمل بنفسه أو بمملوکه أو قرابته أو بأجیر من قبله فهذه وجوه من وجوه الإجارات حلالا لمن کان من الناس ملکا أو سوقة أو کافرا أو مؤمنا فحلال إجارته و حلال کسبه من هذه الوجوه فأما وجوه الحرام من وجوه الإجارة نظیر أن یؤاجر نفسه علی حمل ما یحرم أکله أو شربه أو

المکاسب، ج ۱، ص ۳

یؤاجر نفسه فی صنعة ذلک الشیء أو حفظه أو یؤاجر نفسه فی هدم المساجد ضرارا أو قتل النفس بغیر حق أو عمل التصاویر و الأصنام و المزامیر و البرابط و الخمر و الخنازیر و المیتة و الدم أو شیء من وجوه الفساد الذی کان محرما علیه من غیر جهة الإجارة فیه و کل أمر منهی عنه من جهة من الجهات فمحرم علی الإنسان إجارة نفسه فیه أو له أو شیء منه أو له إلا لمنفعة من استأجرته کالذی یستأجر الأجیر یحمل له المیتة ینحیها عن أذاه أو أذی غیره و ما أشبه ذلک إلی أن قال و کل من آجر نفسه أو ما یملک أو یلی أمره من کافر أو مؤمن أو ملک أو سوقة علی ما فسرناه مما تجوز الإجارة فیه فحلال محلل فعله و کسبه و أما تفسیر الصناعات فکل ما یتعلم العباد أو یعلمون غیرهم من أصناف الصناعات مثل الکتابة و الحساب و النجارة و الصیاغة و البناء و الحیاکة و السراجة و القصارة و الخیاطة و صنعة صنوف التصاویر ما لم تکن مثل الروحانی و أنواع صنوف الآلات التی یحتاج إلیها العباد منها منافعهم و بها

قوامهم و فيها بلغه جميع حوائجهم فحلال فعله و تعليمه و العمل به و فيه لنفسه أو لغيره و إن كانت تلك الصناعة و تلك الآلة قد يستعان بها على وجوه الفساد و وجوه المعاصى و تكون معونة على الحق و الباطل فلا بأس بصناعته و تقلبه نظير الكتابة التى هى على وجه من وجوه الفساد تقوية و معونة لولاه الجور و كذلك السكين و السيف و الرمح و القوس و غير ذلك من وجوه الآلات التى تصرف إلى وجوه الصلاح و جهات الفساد و تكون آلة و معونة عليهما فلا بأس بتعليمه و تعلمه و أخذ الأجر عليه و العمل به و فيه لمن كان له فيه جهات الصلاح من جميع الخلائق و محرم عليهم تصريفه إلى جهات الفساد و المضار فليس على العالم و لا المتعلم إثم و لا وزر لما فيه من الرجحان فى منافع جهات صلاحهم و قوامهم و بقائهم و إنما الإثم و الوزر على المتصرف فيه فى جهات الفساد و الحرام و ذلك إنما حرم الله الصناعة التى هى حرام كلها التى يجىء منها الفساد محضا نظير البرابط و المزامير و الشطرنج و كل ملهو به و الصلبان و الأصنام و ما أشبه ذلك من صناعات الأشربة الحرام و ما يكون منه و فيه الفساد محضا و لا يكون منه و لا فيه شىء من وجوه الصلاح فحرام تعليمه و تعلمه و العمل به و أخذ الأجرة عليه و جميع التقلب فيه من جميع وجوه الحركات إلا أن يكون صناعة قد تصرف إلى جهة المنافع و إن كان قد يتصرف فيها و يتناول بها وجه من وجوه المعاصى فلعله ما فيه من الصلاح حل تعلمه و تعليمه و العمل به و يحرم على من صرفه إلى غير وجه الحق و الصلاح فهذا تفسير بيان وجوه اكتساب معائش العباد و تعلمهم فى وجوه اكتسابهم إلى آخر الحديث المنقول عن تحف العقول: و حكاه غير واحد عن رسالة المحكم و المتشابه للسيد قدس سره:

[رواية فقه الرضا]

[رواية فقه الرضا]

و فى الفقه المنسوب إلى مولانا الرضا ص: اعلم يرحمك الله أن كل مأمور به على العباد و قوام لهم فى أمورهم من وجوه الصلاح الذى لا يقيمهم غيره مما يأكلون و يشربون و يلبسون و ينكحون و يملكون و يستعملون فهذا كله حلال بيعه و شراؤه و هبته و عاريته و كل أمر يكون فيه الفساد مما قد نهى عنه من جهة أكله و شربه و لبسه و نكاحه و إمساكه بوجه الفساد مثل الميتة و الدم و لحم الخنزير و الربا و جميع الفواحش و لحوم السباع و الخمر و ما أشبه ذلك فحرام ضار للجسم انتهى

[رواية الدعائم]

[رواية الدعائم]

و عن دعائم الإسلام للقاضى نعمان المصرى عن مولانا الصادق ع: أن الحلال من البيوع كلما كان حلالا من المأكول و المشروب و غير ذلك مما هو قوام للناس و يباح لهم الانتفاع و ما كان محرما أصله منهيا عنه لم يجز بيعه و لا شراؤه انتهى

[النبوى المشهور]

[النبوى المشهور]

و فى النبوى المشهور: أن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه.

[تقسيم المكاسب إلى الأحكام الخمسة]

[تقسيم المكاسب إلى الأحكام الخمسة]

إذا عرفت ما تلوناه و جعلته فى بالك متدبرا لمدلولاته فنقول قد جرت عادة غير واحد على تقسيم المكاسب إلى محرم و مكروه و

مباح مهملين للمستحب و الواجب بناء على عدم وجودهما فى المكاسب مع إمكان التمثيل للمستحب بمثل الزراعة و الرعى- مما ندب إليه الشرع- و للواجب بالصناعة الواجبة كفاية- خصوصا إذا تعذر قيام الغير به فتأمل.

و معنى حرمة الاكتساب

و معنى حرمة الاكتساب

حرمة النقل و الانتقال بقصد ترتب الأثر المحرم. و أما حرمة أكل المال فى مقابلها فهو متفرع على فساد البيع لأنه مال الغير وقع فى يده بلا سبب شرعى و إن قلنا بعدم التحريم لأن ظاهر أدلة تحريم بيع مثل الخمر منصرف إلى ما لو أراد ترتيب الآثار المحرمة أما لو قصد الأثر المحلل فلا دليل على تحريم المعاملة إلا من حيث التشريع.

و كيف كان

فالاكتساب المحرم أنواع

اشارة

فالاكتساب المحرم أنواع

نذكر كلا منها فى طى مسائل

[النوع] الأول الاكتساب بالأعيان النجسة عدا ما استثنى

و فيه مسائل ثمان

الأولى يحرم المعاوضة على بول غير مأكول اللحم

اشارة

الأولى يحرم المعاوضة على بول غير مأكول اللحم

بلا خلاف ظاهر لحرمته و نجاسته و عدم الانتفاع به منفعة محللة مقصودة فيما عدا بعض أفراده كبول الإبل الجلالة أو الموطوءة.

فرعان

الأول ما عدا بول الإبل من أبوال ما يؤكل لحمه

اشارة

الأول ما عدا بول الإبل من أبوال ما يؤكل لحمه

المحكوم بطهارتها عند المشهور إن قلنا بجواز شربها اختيارا كما عليه جماعة من القدماء و المتأخرين بل عن المرتضى دعوى الإجماع عليه فالظاهر جواز بيعها. و إن قلنا بحرمة شربها كما هو مذهب جماعة أخرى لاستخباثها ففى جواز بيعها قولان من عدم المنفعة المحللة المقصودة فيها و المنفعة النادرة لو جوزت المعاوضة لزم منه جواز معاوضة كل شىء. و التداوى بها لبعض الأوجاع لا

يوجب قياسه على الأدوية و العقاقير لأنه يوجب قياس كل شيء عليها للانتفاع به في بعض الأوقات و من أن المنفعة الظاهرة و لو عند الضرورة المسوغة للشرب كافية في جواز البيع.

و الفرق بينها و بين ذي المنفعة الغير المقصودة حكم العرف بأنه لا منفعة فيه و سيجيء الكلام في ضابطة المنفعة المسوغة للبيع.

[ما يستدل على أن ضابط المنع تحريم الشيء اختيارا]

[ما يستدل على أن ضابط المنع تحريم الشيء اختيارا]

نعم يمكن أن يقال إن قوله ص: إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه و كذلك الخبر المتقدم عن دعائم الإسلام يدل على أن ضابطة المنع تحريم الشيء اختيارا و إلا فلا حرام إلا و هو محلل عند الضرورة و المفروض حرمة شرب الأبوال اختيارا و المنافع الأخر غير الشرب لا يعبأ بها جدا فلا ينتقض بالطين المحرم أكله فإن المنافع الأخر للطين أهم و أعم من منفعة الأكل المحرم بل لا يعد الأكل من منافع الطين فالنبوي دال على أنه إذا حرم الله شيئا بقول مطلق بأن قال يحرم الشيء الفلاني حرم بيعه لأن تحريم عينه إما راجع إلى تحريم جميع منافعه أو إلى تحريم أهم منافعه التي يتبادر عند الإطلاق بحيث يكون غيره غير مقصود منه.

المكاسب، ج ۱، ص ۴

و على التقديرين يدخل الشيء لأجل ذلك فيما لا ينتفع به منفعة محللة مقصودة و الطين لم يحرم كذلك بل لم يحرم إلا بعض منافعه الغير المقصودة منه و هو الأكل بخلاف الأبوال فإنها حرمت كذلك فيكون التحريم راجعا إلى شربها و غيره من المنافع في حكم العدم. و بالجملة فالانتفاع بالشيء حال الضرورة- منفعة محرمة في حال الاختيار لا يوجب جواز بيعه و لا ينتقض أيضا بالأدوية المحرمة في غير حال المرض لأجل الإضرار و لأن حلية هذه في حال المرض ليست لأجل الضرورة بل لأجل تبدل عنوان الإضرار بعنوان النفع- . و مما ذكرنا يظهر أن قوله ع في رواية تحف العقول المتقدمة و كل شيء يكون فيه الصلاح من جهة من الجهات يراد به جهة الصلاح الثابتة حال الاختيار دون الضرورة.

و مما ذكرنا يظهر حرمة بيع لحوم السباع دون شحومها

و مما ذكرنا يظهر حرمة بيع لحوم السباع دون شحومها

فإن الأول من قبيل الأبوال و الثاني من قبيل الطين في عدم حرمة جميع منافعها المقصودة منها و لا ينافيه النبوي: لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها و أكلوا ثمنها لأن الظاهر أن الشحوم كانت محرمة الانتفاع على اليهود بجميع الانتفاعات لا كتحريم شحوم غير مأكول اللحم علينا هذا و لكن الموجود من النبوي في باب الأطعمة عن الخلاف: أن الله إذا حرم أكل شيء حرم ثمنه و الجواب عنه مع ضعفه و عدم الجابر له سندا و دلالة لقصورها لزوم تخصيص الأكثر.

الثاني بول الإبل يجوز بيعه إجماعا

الثاني بول الإبل يجوز بيعه إجماعا

على ما في جامع المقاصد و عن إيضاح النافع إما لجواز شربه اختيارا كما يدل عليه قوله ع في رواية الجعفري: أبوال الإبل خير من ألبانها و إما لأجل الإجماع المنقول لو قلنا بعدم جواز شربها إلا لضرورة الاستشفاء كما يدل عليه رواية سماعة قال: سألت أبا عبد الله ع عن بول الإبل و البقر و الغنم ينتفع به من الوجع هل يجوز أن يشرب قال نعم لا بأس به و موثقة عمار: عن بول البقر يشربه الرجل قال إن كان محتاجا إليه يتداوى بشربه فلا بأس و كذلك بول الإبل و الغنم. لكن الإنصاف أنه لو قلنا بحرمة شربه اختيارا أشكل الحكم بالجواز إن لم يكن إجماعيا كما يظهر من مخالفة العلامة في النهاية و ابن سعيد في النزهة قال في النهاية و كذلك البول يعني يحرم

بيعه و إن كان طاهرا للاستخباث كأبوال البقر و الإبل و إن انتفع به في شربه للدواء لأنه منفعة جزئية نادرة فلا يعتد به انتهى. أقول بل لأن المنفعة المحللة للاضطرار- و إن كانت كلية لا تسوغ البيع كما عرفت

الثانية يحرم بيع العذرة النجسة من كل حيوان

اشارة

الثانية يحرم بيع العذرة النجسة من كل حيوان
على المشهور بل في التذكرة كما عن الخلاف الإجماع على تحريم بيع السرجين النجس و يدل عليه مضافا إلى ما تقدم من الأخبار رواية يعقوب بن شعيب: ثمن العذرة من السحت. نعم في رواية محمد بن المصادف: لا بأس ببيع العذرة

[الجمع بين الروايات المانعة و المجوزة]

اشارة

[الجمع بين الروايات المانعة و المجوزة]
و جمع الشيخ بينهما بحمل الأول على عذرة الإنسان و الثاني على عذرة البهائم و لعله لأن الأول نص في عذرة الإنسان ظاهر في غيرها بعكس الخبر الثاني فيطرح ظاهر كل منهما بنص الآخر. و يقرب هذا الجمع رواية سماعة قال: سأل رجل أبا عبد الله ع و أنا حاضر عن بيع العذرة فقال إني رجل أبيع العذرة فما تقول قال حرام بيعها و ثمنها و قال لا بأس ببيع العذرة. فإن الجمع بين الحكمين في كلام واحد لمخاطب واحد يدل على أن تعارض الأولين ليس إلا من حيث الدلالة فلا يرجع فيه إلى المرجحات السندية أو المرجحات الخارجية و به يدفع ما يقال من أن العلاج في الخبرين المتنافيين على وجه التباين الكلي هو الرجوع إلى المرجحات الخارجية ثم التخيير أو التوقف لا إلغاء ظهور كل منهما و لهذا طعن على من جمع بين الأمر و النهي بحمل الأمر على الإباحة و النهي على الكراهة. و احتمل السبزواري حمل خبر المنع على الكراهة و فيه ما لا يخفى من البعد و أبعد منه ما عن المجلسي- من احتمال حمل خبر المنع على بلاد لا ينتفع به و الجواز على غيرها و نحوه حمل خبر المنع على التقية- لكونه مذهب أكثر العامة

[الأظهر من وجوه الجمع]

[الأظهر من وجوه الجمع]
و الأظهر ما ذكره الشيخ رحمه الله- لو أريد التبرع بالحمل لكونه أولى من الطرح و إلا فرواية الجواز لا يجوز الأخذ بها- من وجوه لا تخفى.

[وجه ثبوت الحكم في غير عذرة الإنسان]

[وجه ثبوت الحكم في غير عذرة الإنسان]
ثم إن لفظ العذرة في الروايات إن قلنا إنه ظاهر في عذرة الإنسان كما حكى التصريح به عن بعض أهل اللغة فثبوت الحكم في غيرها بالأخبار العامة المتقدمة و بالإجماع المتقدم على السرجين النجس. و استشكل في الكفاية في الحكم تبعا للمقدس الأردبيلي رحمه الله إن لم يثبت الإجماع و هو حسن إلا أن الإجماع المنقول هو الجابر لضعف سند الأخبار العامة السابقة. و ربما يستظهر من عبارة الإستبصار القول بجواز بيع عذرة ما عدا الإنسان و فيه نظر.

فرع الأقوى جواز بيع الأرواث الطاهرة

فرع الأقوى جواز بيع الأرواث الطاهرة
التى ينتفع بها منفعة محللة مقصودة و عن الخلاف نفى الخلاف فيه. و حكى أيضا عن المرتضى رحمه الله الإجماع عليه. و عن المفيد حرمة بيع العذرة و الأبوال كلها إلا بول الإبل. و حكى عن سلار أيضا و لا أعرف مستندا لذلك إلا دعوى أن تحريم الخبائث فى قوله تعالى وَ يُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبائِثَ يشمل تحريم بيعها. و قوله ع: إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه و ما تقدم من رواية دعائم الإسلام و غيرها. و يرد على الأول أن المراد بقرينة مقابلته لقوله تعالى يُحِلُّ لَهُمُ الطَّيِّباتِ الأكل لا مطلق الانتفاع و فى النبوى و غيره ما عرفت من أن الموجب لحرمة الثمن حرمة عين الشىء بحيث يدل على تحريم جميع منافعه أو المنافع المقصودة الغالبة و منفعة الروث ليست هى الأكل المحرم فهو كالطين المحرم كما عرفت سابقا

الثالثة يحرم المعاوضة على الدم بلا خلاف

اشارة

الثالثة يحرم المعاوضة على الدم بلا خلاف
بل عن النهاية و حاشية الإرشاد لفخر الدين و التنقيح الإجماع عليه و يدل عليه الأخبار السابقة-.

فرع و أما الدم الطاهر

فرع و أما الدم الطاهر
إذا فرضت له منفعة محللة كالصبغ لو قلنا بجوازه ففى جواز بيعه وجهان أقواهما الجواز لأنها عين طاهرة ينتفع بها منفعة محللة. و أما مرفوعة الواسطى المتضمنة لمرور أمير المؤمنين ع بالقصابين و نهيهم عن بيع سبعة بيع الدم و الغدد و آذان الفؤاد و الطحال إلى آخرها فالظاهر إرادة حرمة البيع للأكل و لا شك فى تحريمه لما سيجىء من أن قصد المنفعة المحرمة فى المبيع موجب لحرمة البيع بل بطلانه. و صرح فى التذكرة بعدم جواز بيع الدم الطاهر لاستخباثه و لعله لعدم المنفعة الظاهرة فيه غير الأكل المحرم

الرابعة لا إشكال فى حرمة بيع المنى

اشارة

الرابعة لا إشكال فى حرمة بيع المنى
لنجاسته و عدم الانتفاع به إذا وقع فى خارج الرحم و لو وقع فيه فكذلك لا ينتفع به المشترى- لأن الولد نماء الأم فى الحيوانات عرفا و للأب فى الإنسان شرعا لكن
المكاسب، ج ۱، ص ۵
الظاهر أن حكمهم بتبعية الأم متفرع على عدم تملك المنى و إلا لكان بمنزلة البذر المملوك يتبعه الزرع فالمتعين التعليل بالنجاسة لكن قد منع بعض من نجاسته إذا دخل عن الباطن إلى الباطن.

[بيع العسيب]

[بيع العسيب]

و قد ذكر العلامة من المحرمات بيع عسيب الفحل و هو ماؤه قبل الاستقرار فى الرحم كما أن الملاقيح هو ماؤه بعد الاستقرار كما فى جامع المقاصد و عن غيره و علل فى الغنية بطلان بيع ما فى أصلاب الفحول بالجهالة و عدم القدرة على التسليم

الخامسة تحرم المعاوضة على الميتة و أجزائها التى تحلها الحياة من ذى النفس السائلة

اشارة

الخامسة تحرم المعاوضة على الميتة و أجزائها التى تحلها الحياة من ذى النفس السائلة
على المعروف من مذهب الأصحاب و فى التذكرة كما عن المنتهى و التنقيح الإجماع عليه و عن رهن الخلاف الإجماع على عدم ملكيتها. و يدل عليه مضافا إلى ما تقدم من الأخبار ما دل على أن الميتة لا ينتفع بها منضما إلى اشتراط وجود المنفعة المباحة فى المبيع لئلا يدخل فى عموم النهى عن أكل المال بالباطل و خصوص عد ثمن الميتة من السحت فى رواية السكونى.

[ظهور مكاتبة الصيقل فى الجواز]

اشارة

[ظهور مكاتبة الصيقل فى الجواز]
نعم قد ورد بعض ما يظهر منه الجواز مثل رواية صيقل قال: كتبوا إلى الرجل ع جعلنا الله فداك أنا قوم نعمل السيوف و ليست لنا معيشة و لا تجارة غيرها و نحن مضطرون إليها و إنما غلافها من جلود الميتة من البغال و الحمير الأهلية لا يجوز فى أعمالنا غيرها فيحل لنا عملها و شراؤها و بيعها و مسها بأيدينا و ثيابنا و نحن نصلى فى ثيابنا و نحن محتاجون إلى جوابك فى هذه المسألة يا سيدنا لضرورتنا إليها فكتب ع اجعلوا ثوبا للصلاة إلى آخر الحديث و نحوها رواية أخرى بهذا المضمون و لذا قال فى الكفاية و الحدائق إن الحكم لا يخلو عن إشكال.

[المناقشة فى دلالتها على جواز البيع]

[المناقشة فى دلالتها على جواز البيع]
و يمكن أن يقال إن مورد السؤال عمل السيوف و بيعها و شراؤها لا خصوص الغلاف مستقلا و لا فى ضمن السيف على أن يكون جزء من الثمن فى مقابل عين الجلد فغاية ما يدل عليه جواز الانتفاع بجلد الميتة بجعله غمدا للسيف و هو لا ينافى عدم جواز معاوضته بالمال و لذا جوز جماعة منهم الفاضلان فى مختصر النافع و الإرشاد على ما حكى عنهما الاستقاء بجلد الميتة لغير الصلاة و الشرب مع عدم قولهم بجواز بيعه مع أن الجواب لا ظهور فيه فى الجواز إلا من حيث التقرير الغير الظاهر فى الرضا خصوصا فى المكاتبات المحتملة للتقية

[بيع الميتة لو جاز الانتفاع بجلدها]

[بيع الميتة لو جاز الانتفاع بجلدها]
هذا. و لكن الإنصاف أنه إذا قلنا بجواز الانتفاع بجلد الميتة منفعة مقصودة كالاستقاء بها للبساتين و الزرع إذا فرض عده مالا عرفا فمجرد النجاسة لا يصلح علة لمنع البيع لو لا الإجماع على حرمة بيع الميتة بقول مطلق لأن المانع حرمة الانتفاع فى المنافع المقصودة لا مجرد النجاسة.

و إن قلنا إن مقتضی الأدلة حرمة الانتفاع بکل نجس فإن هذا کلام آخر سیجیء ما فیه بعد ذکر النجاسات.

[ظهور ما دل علی المنع فی کون المانع حرمة الانتفاع]

[ظهور ما دل علی المنع فی کون المانع حرمة الانتفاع]
لکنا نقول إذا قام الدلیل الخاص علی جواز الانتفاع منفعة مقصودة بشیء من النجاسات فلا مانع من صحة بیعه لأن ما دل علی المنع عن بیع النجس من النص و الإجماع ظاهر فی کون المانع حرمة الانتفاع فإن روایة تحف العقول المتقدمة قد علل فیها المنع عن بیع شیء من وجوه النجس بکونه منهیا عن أکله و شربه إلی آخر ما ذکر فیها. و مقتضی روایة دعائم الإسلام المتقدمة أیضا إناطة جواز البیع و عدمه بجواز الانتفاع و عدمه.

[ظهور کلام جماعة فی ما استظهر من النص و الإجماع]

[ظهور کلام جماعة فی ما استظهر من النص و الإجماع]
و أدخل ابن زهرة فی الغنیة النجاسات فیما لا یجوز بیعه من جهة عدم حل الانتفاع بها و استدل أیضا علی جواز بیع الزیت النجس بأن النبی ص أذن فی الاستصباح به تحت السماء قال و هذا یدل علی جواز بیعه لذلک انتهی. فقد ظهر من أول کلامه و آخره أن المانع من البیع منحصر فی حرمة الانتفاع و أنه یجوز مع عدمها و مثل ما ذکرناه عن الغنیة من الاستدلال کلام الشیخ فی الخلاف فی باب البیع حیث ذکر النبوی الدال علی إذن النبی ص فی الاستصباح ثم قال و هذا یدل علی جواز بیعه انتهی.
و عن فخر الدین فی شرح الإرشاد و الفاضل المقداد فی التنقیح الاستدلال علی المنع عن بیع النجس بأنه محرم الانتفاع و کل ما کان کذلک لا یجوز بیعه. نعم ذکر فی التذکرة شرط الانتفاع و حلیته بعد اشتراط الطهارة. و استدل للطهارة بما دل علی وجوب الاجتناب عن النجاسات و حرمة المیتة و الإنصاف إمکان إرجاعه إلی ما ذکرناه فتأمل. و یؤیده أنهم أطبقوا علی بیع العبد الکافر و کلب الصید و علله فی التذکرة بحل الانتفاع به و رد من منع عن بیعه لنجاسته بأن النجاسة غیر مانعة و تعدی إلی کلب الحائط و الماشیة و الزرع لأن المقتضی و هو النفع موجود فیها

[المعاوضة علی لبن الیهودیة المرضعة]

[المعاوضة علی لبن الیهودیة المرضعة]
و مما ذکرناه من قوة جواز بیع جلد المیتة- لو لا الإجماع إذا جوزنا الانتفاع به فی الاستقاء یظهر حکم جواز المعاوضة علی لبن الیهودیة المرضعة بأن یجعل تمام الأجرة أو بعضها فی مقابل اللبن فإن نجاسته لا تمنع عن جواز المعاوضة علیه.

فرعان

الأول أنه کما لا یجوز بیع المیتة منفردة کذلک لا یجوز بیعها منضمة إلی مذکی

اشارة

الأول أنه کما لا یجوز بیع المیتة منفردة کذلک لا یجوز بیعها منضمة إلی مذکی
و لو باعها فإن کان المذکی ممتازا صح البیع فیه و بطل فی المیتة کما سیجیء فی محله و إن کان مشتبها بالمیتة لم یجز بیعه أیضا- لأنه لا ینتفع به منفعة محللة- بناء علی وجوب الاجتناب عن کلا المشتبهین فهو فی حکم المیتة من حیث الانتفاع فأکل المال بإزائه

أكل المال بالباطل كما أن أكل كل من المشتبهين فى حكم أكل الميتة

[هل يجوز بيع المختلط ممن يستحل الميتة]

اشارة

[هل يجوز بيع المختلط ممن يستحل الميتة]

و من هنا يعلم أنه لا فرق فى المشترى بين الكافر المستحل للميتة و غيره

[دلالة روايتى الحلبى على الجواز]

[دلالة روايتى الحلبى على الجواز]

لكن فى صحيحة الحلبى و حسنته إذا اختلط المذكى بالميتة بيع ممن يستحل الميتة و حكى نحوهما عن كتاب على بن جعفر. و استوجه العمل بهذه الأخبار فى الكفاية و هو مشكل مع أن المروى عن أمير المؤمنين ع أنه يرمى بهما

[تجويز بعضهم البيع بقصد بيع المذكى و الإيراد عليه]

[تجويز بعضهم البيع بقصد بيع المذكى و الإيراد عليه]

و جوز بعضهم البيع بقصد بيع المذكى. و فيه أن القصد لا ينفع بعد فرض عدم جواز الانتفاع بالمذكى لأجل الاشتباه. نعم لو قلنا بعدم وجوب الاجتناب فى الشبهة المحصورة و جواز ارتكاب أحدهما جاز البيع بالقصد المذكور- و لكن لا ينبغى القول به فى المقام لأن الأصل فى كل واحد من المشتبهين عدم التذكية غاية الأمر العلم الإجمالى بتذكية أحدهما و هو غير قادح فى العمل بالأصلين و إنما يصح القول بجواز ارتكاب أحدهما فى المشتبهين إذا كان الأصل فى كل منهما الحل و علم إجمالا بوجود الحرام فقد يقال هنا بجواز ارتكاب أحدهما اتكالا على أصالة الحل و عدم جواز ارتكاب الآخر بعد ذلك

المكاسب، ج ۱، ص ۶

حذرا عن ارتكاب الحرام الواقعى و إن كان هذا الكلام مخدوشا فى هذا المقام أيضا. لكن القول به ممكن هنا بخلاف ما نحن فيه لما ذكرنا فافهم-.

[حمل العلامة لروايتى الحلبى]

[حمل العلامة لروايتى الحلبى]

و عن العلامة حمل الخبرين على جواز استنقاذ مال المستحل للميتة بذلك برضاه. و فيه أن المستحل قد يكون ممن لا يجوز الاستنقاذ منه إلا بالأسباب الشرعية كالذمى

[حمل المؤلف لهما]

[حمل المؤلف لهما]

و يمكن حملهما على صورة قصد البائع المسلم أجزاءها التى لا- تحلها الحياة من الصوف و العظم و الشعر و نحوها و تخصيص المشترى بالمستحل لأن الداعى له على الاشتراء اللحم أيضا و لا يوجب ذلك فساد البيع ما لم يقع العقد عليه.

[الانتفاع بأليات الغنم المقطوعة]

[الانتفاع بأليات الغنم المقطوعة]

و فی مستطرفات السرائر عن جامع البزنطی صاحب الرضا ع قال:

سألته عن الرجل تکون له الغنم یقطع من ألیاتها و هی أحیاء یصلح له أن ینتفع بما قطع قال نعم یذیبها و یسرج بها و لا یأکلها و لا یبیعها. و استوجه فی الکفایة العمل بها تبعا لما حکاه الشهید عن العلامة فی بعض أقواله و الروایة شاذة- ذکر الحلی بعد إیرادها أنها من نوادر الأخبار و الإجماع منعقد علی تحریم المیتة و التصرف فیها علی کل حال إلا أکلها للمضطر. أقول مع أنها معارضة بما دل علی المنع من موردها معللا بقوله ع: أ ما علمت أنه یصیب الثوب و الید و هو حرام و مع الإغماض عن المرجحات یرجع إلی عموم ما دل علی المنع عن الانتفاع بالمیتة مطلقا مع أن الصحیحة صریحة فی المنع عن البیع إلا أن یحمل علی إرادة البیع من غیر الإعلام بالنجاسة.

الثانی أن المیتة من غیر النفس السائلة یجوز المعاوضة علیها

الثانی أن المیتة من غیر النفس السائلة یجوز المعاوضة علیها

إذا کانت مما ینتفع بها أو ببعض أجزائها کدهن السمک المیتة للإسراج و التدهین لوجود المقتضی و عدم المانع لأن أدلة عدم الانتفاع بالمیتة مختصة بالنجسة و صرح بما ذکرنا جماعة و الظاهر أنه مما لا خلاف فیه

السادسة یحرم التکسب بالکلب الهراش و الخنزیر البریین

السادسة یحرم التکسب بالکلب الهراش و الخنزیر البریین

إجماعا علی الظاهر المصرح به فی المحکی عن جماعة و کذلک أجزاؤهما. نعم لو قلنا بجواز استعمال شعر الخنزیر و جلده جاء فیه ما تقدم فی جلد المیتة

السابعة یحرم التکسب بالخمر و کل مسکر مائع و الفقاع إجماعا نصا و فتوی

السابعة یحرم التکسب بالخمر و کل مسکر مائع و الفقاع إجماعا نصا و فتوی

. و فی بعض الأخبار: یکون لی علی الرجل الدراهم فیعطینی بها خمرا فقال خذها ثم أفسدها قال ابن أبی عمیر یعنی اجعلها خلا و المراد به إما أخذ الخمر مجانا ثم تخلیلها أو أخذها و تخلیلها لصاحبها ثم أخذ الخل وفاء عن الدراهم

الثامنة یحرم المعاوضة علی الأعیان المتنجسة- الغیر القابلة للطهارة

الثامنة یحرم المعاوضة علی الأعیان المتنجسة- الغیر القابلة للطهارة

إذا توقف منافعها المحللة المعتد بها علی الطهارة لما تقدم من النبوی: إن الله إذا حرم شیئا حرم ثمنه و نحوه المتقدم عن دعائم الإسلام. و أما التمسک بعموم قوله ع فی روایة تحف العقول أو شیء من وجوه النجس ففیه نظر لأن الظاهر من وجوه النجس العنوانات النجسة لأن ظاهر الوجه هو العنوان. نعم یمکن الاستدلال علی ذلک بالتعلیل المذکور بعد ذلک- و هو قوله ع لأن ذلک کله محرم أکله و شربه و لبسه إلی آخر ما ذکر. ثم اعلم أنه قیل بعدم جواز بیع المسوخ من أجل نجاستها و لما کان الأقوی طهارتها لم یحتج إلی التکلم فی جواز بیعها هنا. نعم لو قیل بحرمة البیع لا من حیث النجاسة کان محل التعرض له ما سیجیء من أن کل طاهر

له منفعة محللة مقصودة يجوز بيعه. و سيجیء ذلك فی ذيل القسم الثانی مما لا يجوز الاكتساب به لأجل عدم المنفعة فيه

و أما المستثنى من الأعيان المتقدمة

اشارة

و أما المستثنى من الأعيان المتقدمة

فهی أربعة تذكر فی مسائل أربع

@@@

الأولى يجوز بيع المملوك الكافر

اشارة

أصليا كان أم مرتدا مليا بلا خلاف ظاهر بل ادعى عليه الإجماع و ليس ببعيد كما يظهر للمتتبع فی المواضع المناسبة لهذه المسألة كاسترقاق الكفار و شراء بعضهم من بعض و بيع العبد الكافر إذا أسلم على مولاه الكافر و عتق الكافرة و بيع المرتد و ظهور كفر العبد المشترى على ظاهر الإسلام و غير ذلك

[بيع العبد المرتد عن فطرة]

اشارة

و كذا الفطرى على الأقوى بل الظاهر أنه لا خلاف فيه من هذه الجهة و إن كان فيه كلام من حيث كونه فی معرض التلف لوجوب قتله و لم نجد من تأمل فيه من جهة نجاسته عدا ما يظهر من بعض الأساطين- فی شرحه على القواعد حيث احترز بقول العلامة ما لا يقبل التطهير من النجاسات عما يقبله و لو بالإسلام كالمرتد و لو عن فطرة على أصح القولين فبنى جواز بيع المرتد على قبول توبته بل بنى جواز بيع مطلق الكافر على قبوله للطهر بالإسلام. و أنت خبير بأن حكم الأصحاب بجواز بيع الكافر نظير حكمهم بجواز بيع الكلب لا- من حيث قابليته للتطهير نظير الماء المتنجس و إن اشتراطهم قبول التطهير إنما هو فيما يتوقف الانتفاع به على طهارته- ليتصف بالملكية لا مثل الكلب و الكافر المملوكين مع النجاسة إجماعا. و بالغ تلميذه فی مفتاح الكرامة فقال أما المرتد عن فطرة فالقول بجواز بيعه ضعيف جدا لعدم قبول توبته فلا يقبل التطهير ثم ذكر جماعة ممن جوز بيعه إلى أن قال و لعل من جوز بيعه بنى على قبول توبته انتهى و تبعه على ذلك شيخنا المعاصر. أقول لا إشكال و لا خلاف فی كون المملوك المرتد عن فطرة ملكا و مالا لمالكه و يجوز له الانتفاع به بالاستخدام ما لم يقتل و إنما استشكل من استشكل فی جواز بيعه من حيث كونه فی معرض القتل بل واجب الإتلاف شرعا فكان الإجماع منعقد على عدم المنع من بيعه من جهة عدم قابليته للطهارة بالتوبة

[نقل كلمات الأعلام فی المسألة]

. قال فی الشرائع و يصح رهن المرتد و إن كان عن فطرة و استشكل فی المسالك من جهة وجوب إتلافه و كونه فی معرض التلف ثم اختار الجواز لبقاء ماليته إلى زمان القتل. و قال فی القواعد و يصح رهن المرتد و إن كان عن فطرة على إشكال و ذكر فی جامع المقاصد أن منشأ الإشكال أنه يجوز بيعه فيجوز رهنه بطريق أولى و من أن مقصود البيع حاصل- و أما مقصود الرهن فقد لا يحصل بقتل الفطرى حتما و الآخر قد لا يتوب ثم اختار الجواز و قال فی التذكرة المرتد إن كان عن فطرة ففی جواز بيعه نظر ينشأ من تضاد

الحکمین- و من بقـاء الملـک فـإن کسـبه لمولاه أما عن غیر فطرة فالوجه صـحة بیعه لعـدم تحتم قتله ثم ذکر المحارب الـذی لا تقبل توبته- لوقوعهـا بعـد القـدرة علیه و اسـتدل علی جواز بیعه بما یظهر منه جواز بیع المرتـد عن فطرة و جعله نظیر المریض المأیوس عن برئه نعم منع فی التحریر و الدروس عن بیع المرتد عن فطرة و المحارب إذا وجب قتله للوجه

المکاسب، ج ۱، ص ۷

المتقدم. و عن التذکرة بل فی الدروس أن بیع المرتد عن ملة أیضا مراعی بالتوبة و کیف کان فالمتتبع یقطع بأن اشتراط قابلیة الطهارة إنما هو فیما یتوقف الانتفاع المعتـد به علی طهارته و لذا قسم فی المبسوط المبیع إلی آدمی و غیره. ثم اشترط الطهارة فی غیر الآدمی نعم استثنی الکلب الصیود

الثانیة یجوز المعاوضة علی غیر کلب الهراش فی الجملة

اشارة

بلاـ خلاـف ظـاهر إلاـ ما عن ظاهر إطلاق العمانی و لعله کإطلاق کثیر من الأخبار بأن ثمن الکلب سـحت محمول علی الهراش لتواتر الأخبار و استفاضة نقل الإجماع علی جواز بیع ما عدا کلب الهراش فی الجملة. ثم إن ما عدا کلب الهراش علی أقسام

أحدها کلب الصید السلوقی

و هو المتیقن من الأخبار و معاقد الإجماعات الدالة علی الجواز.

الثانی کلب الصید غیر السلوقی

اشارة

و بیعه جائز علی المعروف من غیر ظاهر إطلاق المقنعـة و النهایة. و یدل علیه قبل الإجماع المحکی عن الخلاف و المنتهی و الإیضاح و غیرها

الأخبار المستفیضة [الدالة علی الجواز]

منها قوله ع فی روایة القاسم بن الولید قال: سألت أبا عبد الله ع عن ثمن الکلب الذی لا یصـید قال سـحت و أما الصـیود فلا بأس به و منها الصـحیح عن ابن فضال عن أبی جمیلـة عن لیث قال: سألت أبا عبـد الله ع عن الکلب الصـیود یباع قال ع نعم و یؤکل ثمنه و منها روایـة أبی بصـیر قال: سألت أبا عبـد الله ع عن ثمن کلب الصـید قال لا بأس به و أما الآخر فلا یحل ثمنه و منها ما عن دعائم الإسـلام للقاضـی نعمان المصری عن أمیر المؤمنین ع أنه قال: لا بأس بثمن کلب الصـید و منها مفهوم روایة أبی بصـیر عن أبی عبد الله ع قال قال رسول الله ص: ثمن الخمر و مهر البغی و ثمن الکلب الذی لا یصـطاد من السحت و منها مفهوم روایة عبد الرحمن بن أبی عبد الله عن أبی عبـد الله ع قال: ثمن الکلب الذی لا یصـید سـحت و لا بأس بثمن الهرة و مرسـلة الصدوق رحمه الله و فیها: ثمن الکلب الذی لیس بکلب الصید سحت.

ثم إن دعوی انصراف هذه الأخبار کمعاقد الإجماعات المتقدمة إلی السلوقی ضعیفة لمنع الانصراف لعدم الغلبة المعتد بها علی فرض تسـلیم کون مجرد غلبـة الوجود من دون غلبـة الاسـتعمال منشأ للانصـراف مع أنه لا یصح فی مثل قوله ثمن الکلب الذی لا یصـید أو لیس بکلب الصـید لأن مرجع التقیید إلی إرادة ما یصح عنه سلب صفة الاصطیاد. و کیف کان فلا مجال لدعوی الانصراف بل یمکن

أن يكون مراد المقنعة و النهاية من السلوقى مطلق الصيود على ما شهد به بعض الفحول من إطلاقه عليه أحيانا. و يؤيد بما عن المنتهى- حيث إنه بعد ما حكى التخصيص بالسلوقى عن الشيخين قال و عنى بالسلوقى كلب الصيد لأن سلوق قرية باليمن أكثر كلابها معلمة فنسب الكلب إليها و إن كان هذا الكلام من المنتهى يحتمل- لأن يكون مسوقا لإخراج غير كلب الصيد من الكلاب السلوقية و أن المراد بالسلوقى خصوص الصيود لا كل سلوقى لكن الوجه الأول أظهر فتدبر.

الثالث كلب الماشية و الحائط

اشارة

و هو البستان و الزرع و الأشهر بين القدماء على ما قيل المنع لعله استظهر ذلك من الأخبار الحاصرة لما يجوز بيعه في الصيود المشتهرة بين المحدثين كالكليني و الصدوقين و من تقدمهم بل و أهل الفتوى كالمفيد و القاضي و ابن زهرة و ابن سعيد و المحقق بل ظاهر الخلاف و الغنية الإجماع عليه.

نعم المشهور بين الشيخ و من تأخر عنه الجواز

وفاقا للمحكى عن ابن الجنيد قدس سره حيث قال لا بأس بشراء الكلب الصائد و الحارس للماشية و الزرع ثم قال لا خير في الكلب فيما عدا الصيود و الحارس و ظاهر الفقرة الأخيرة لو لم يحمل على الأولى جواز بيع الكلاب الثلاثة و غيرها كحارس الدور و الخيام.
و حكى الجواز أيضا عن الشيخ و القاضي في كتاب الإجارة و عن سلار و أبي الصلاح و ابن حمزة و ابن إدريس و أكثر المتأخرين كالعلامة و ولده السعيد و الشهيدين و المحقق الثاني و ابن القطان في المعالم و الصيمرى و ابن فهد و غيرهم من متأخرى المتأخرين

[ذهاب المحقق و قليل من متأخرى المتأخرين إلى المنع]

عدا قليل وافق المحقق كالسبزوارى و التقى المجلسي و صاحب الحدائق و العلامة الطباطبائي في مصابيحه و فقيه عصره في شرح القواعد و هو الأوفق بالعمومات المتقدمة المانعة إذ لم نجد مخصصا لها

[دلالة مرسلة المبسوط على الجواز]

سوى ما أرسله في المبسوط من أنه روى ذلك يعنى جواز البيع في كلب الماشية و الحائط المنجبر قصور سنده و دلالته لكون المنقول مضمون الرواية لا معناها و لا ترجمتها باشتهاره بين المتأخرين
بل ظهور الاتفاق المستفاد من قول الشيخ في كتاب الإجارة إن أحدا لم يفرق بين بيع هذه الكلاب و إجارتها بعد ملاحظة الاتفاق على صحة إجارتها و من قوله في التذكرة جوز بيع هذه الكلاب عندنا و من المحكى عن الشهيد في الحواشي أن أحدا لم يفرق بين الكلاب الأربعة فيكون هذه الدعاوى قرينة على

حمل كلام من اقتصر على كلب الصيد على المثال

لمطلق ما ينتفع به منفعة محللة مقصودة. كما يظهر ذلك من عبارة ابن زهرة في الغنية حيث اعتبر أولا في المبيع أن يكون مما ينتفع به منفعة محللة مقصودة ثم قال و احترزنا بقولنا ينتفع به منفعة محللة عما يحرم الانتفاع به و يدخل في ذلك كل نجس إلا ما خرج بالدليل من بيع الكلب المعلم للصيد و الزيت النجس لفائدة الاستصباح تحت السماء و من المعلوم بالإجماع و السيرة جواز الانتفاع

بهذه الكلاب منفعة محللة مقصودة أهم من منفعة الصيد فيجوز بيعها لوجود القيد الذى اعتبره فيها و أن المنع من بيع النجس منوط بحرمة الانتفاع فينتفى بانتفائها

[التأييد بما أفاده العلامة و المناقشة فيه]

و يؤيد ذلك كله ما فى التذكرة من أن المقتضى لجواز بيع كلب الصيد أعنى المنفعة موجود فى هذه الكلاب. و عنه رحمه الله فى مواضع أخر أن تقدير الدية لها يدل على مقابلتها بالمال و إن ضعف الأول برجوعه إلى القياس- و الثانى بأن الدية لو لم تدل على عدم التملك و إلا لكان الواجب القيمة كائنة ما كانت لم تدل على التملك لاحتمال كون الدية من باب تعيين غرامة معينة لتفويت شيء ينتفع به لا لإتلاف مال كما فى إتلاف الحر

[المناقشة فى أدلة الجواز]

و نحوهما فى الضعف دعوى انجبار المرسلة بدعوى الاتفاق المتقدم عن الشيخ و العلامة و الشهيد قدس الله أسرارهم لوهنها بعد الإغماض عن معارضتها بظاهر عبارتى الخلاف و الغنية من الإجماع على عدم جواز بيع غير المعلم من الكلاب بوجدان الخلاف العظيم من أهل الرواية و الفتوى.

[الفرق بين دعوى الاتفاق و دعوى الإجماع]

نعم لو ادعى الإجماع أمكن منع وهنها بمجرد الخلاف و لو من الكثير بناء على ما سلكه بعض متأخرى المتأخرين فى الإجماع من كونه

المكاسب، ج ۱، ص ۸

منوطا بحصول الكشف من اتفاق جماعة و لو خالفهم أكثر منهم مع أن دعوى الإجماع ممن لم يصطلح الإجماع على مثل هذا الاتفاق لا يعبأ بها عند وجدان الخلاف. و أما شهرة الفتوى بين المتأخرين فلا تجبر الرواية خصوصا مع مخالفة كثير من القدماء و مع كثرة ظاهر العمومات الواردة فى مقام الحاجة و خلو كتب الرواية المشهورة عنها حتى أن الشيخ لم يذكرها فى جامعية

و أما حمل كلمات القدماء على المثال ففى غاية البعد

و أما كلام ابن زهرة المتقدم فهو مختل على كل حال- لأنه استثنى الكلب المعلم عما يحرم الانتفاع به مع أن الإجماع على جواز الانتفاع بالكافر فحمل كلب الصيد على المثال لا يصحح كلامه إلا أن يريد كونه مثالا و لو للكافر أيضا كما أن استثناء الزيت من باب المثال لسائر الأدهان المتنجسة هذا و لكن الحاصل من شهرة الجواز بين المتأخرين بضميمة أمارات الملك فى هذه الكلاب يوجب الظن بالجواز حتى فى غير هذه الكلاب مثل كلاب الدور و الخيام

[مختار المؤلف]

فالمسألة لا تخلو عن إشكال و إن كان الأقوى بحسب الأدلة- و الأحوط فى العمل هو المنع فافهم

الثالثة الأقوى جواز المعاوضة على العصير العنبى

اشارة

إذا غلی و لم یـذهب ثلثاه و إن کان نجسا لعمومات البیع و التجارة الصادقـة علیه بناء علی أنه مال قابل للانتفاع به بعد طهارته بالنقص لأصالـة بقاء مالیته و عـدم خروجه عنها بالنجاسـة غایة الأمر أنه مال معیوب قابل لزوال عیبه و لذا لو غصب عصـیرا فأغلاه حتی حرم و نجس لم یکن فی حکم التالف بل وجب علیه رده و وجب علیه غرامـة الثلثین و أجرة العمل فیه حتی یـذهب الثلثان کما صـرح به فی التـذکرة معللا لغرامـة الأجرة بأنه رده معیبا و یحتاج زوال العیب إلی خسارة و العیب من فعله فکانت الخسارة علیه نعم ناقشه فی جامع المقاصد فی الفرق بین هذا و بین ما لو غصـبه عصیرا فصار خمرا حیث حکم فیه بوجوب غرامة مثل العصیر لأن المالیة قد فاتت تحت یده فکان علیه ضـمانها کما لو تلفت لکن لا یخفی الفرق الواضح بین العصیر إذا غلی و بینه إذا صار خمرا فإن العصیر بعد الغلیان مال عرفا و شـرعا و النجاسة إنما تمنع من المالیة إذا لم تقبل التطهیر کالخمر فإنه لا تزول نجاسـتها إلا بزوال موضوعها بخلاف العصیر فإنه تزول نجاسته بنقصه نظیر طهارة ماء البئر بالنزح-

[عدم شمول نجس العین للعصیر]

و بالجملـة فالنجاسـة فیه و حرمـة الشـرب عرضـیة تعرضـانه فی حـال متوسـط بین حـالتی طهارته فحکمه حکم النجس بالعرض القابل للتطهیر فلا یشـمله قوله ع فی روایة تحف العقول أو شـیء من وجوه النجس و لا یدخل تحت قوله ص إن الله إذا حرم شـیئا حرم ثمنه لأن الظاهر منها العنوانات النجسـة و المحرمـة بقول مطلق لا ما تعرضانه فی حال دون حال فیقال یحرم فی حال کذا و ینجس فی حال کـذا. و بما ذکرنا یظهر عـدم شـمول معقـد إجماع التذکرة علی فساد بیع نجس العین للعصـیر لأن المراد بالعین هی الحقیقة و العصـیر لیس کذلک

[استظهار المنع من بیع العصیر فی مفتاح الکرامة]

و یمکن أن ینسب جواز بیع العصـیر إلی کل من قید الأعیان النجسة المحرم بیعها بعدم قابلیتها للتطهیر و لم أجد مصرحا بالخلاف عدا مـا فی مفتاح الکرامـة من أن الظاهر المنع للعمومات المتقدمـة و خصوص بعض الأخبار- مثل قوله ع: و إن غلی فلا یحل بیعه و روایة أبی کهمس: إذا بعته قبـل أن یکون خمرا و هو حلاـل فلاـ بـأس و مرسـل ابن الهیثم: إذا تغیر عن حاله و غلی فلا خیر فیه بناء علی أن الخیر المنفی یشمل البیع.

و فی الجمیع نظر

أما فی العمومات فلما تقـدم. و أما الأدلـة الخاصـة فهی مسوقـة للنهی عن بیعه بعد الغلیان نظیر بیع الدبس و الخل من غیر اعتبار إعلام المکلف و فی الحقیقة هذا النهی کنایة عن عدم جواز الانتفاع ما لم یذهب ثلثاه فلا یشـمل بیعه بقصد التطهیر مع إعلام المشتری نظیر بیع الماء النجس و بالجملـة فلو لم یکن إلا استصـحاب مالیته و جواز بیعه کفی و لم أعثر علی من تعرض للمسألة صـریحا عدا جماعة من المعاصـرین نعم قال المحقق الثانی فی حاشـیة الإرشاد فی ذیل قول المصنف و لا بأس ببیع ما عرض له التنجیس مع قبولها التطهیر بعد الاستشـکال بلزوم عدم جواز بیع الأصـباغ المتنجسة بعدم قبولها التطهیر و دفع ذلک بقبولها له بعد الجفاف- و لو تنجس العصیر و نحوه فهل یجوز بیعه علی من یستحله فیه إشکال ثم ذکر أن الأقوی العدم لعموم وَ لا تَعاوَنُوا عَلَی الْإِثْمِ وَ الْعُدْوانِ و الظاهر أنه أراد بیع العصیر للشرب من غیر التثلیث کما یظهر من ذکر المشتری و الدلیل فلا یظهر منه حکم بیعه علی من یطهره

الرابعة یجوز المعاوضة علی الدهن المتنجس

اشارة

على المعروف من مـذهب الأصـحاب و جعـل هـذا من المسـتثنى عن بيع الأعيان النجسـة مبنى على المنع من الانتفاع بالمتنجس إلا ما خرج بالدليل أو على المنع من بيع المتنجس و إن جاز الانتفاع به نفعا مقصودا محللا و إلا كان الاستثناء منقطعا من حيث إن المستثنى منه ما ليس فيه منفعة محللة مقصودة من النجاسات و المتنجسات و قد تقدم أن المنع عن بيع النجس فضـلا عن المتنجس ليس إلا من حيث حرمـة المنفعـة المقصودة فـإذا فرض حلها فلا مانع من البيع و يظهر من الشـهيد الثانى فى المسالك خلاف ذلك و أن جواز بيع الـدهن للنص لا لجواز الانتفاع به و إلا لاطرد الجواز فى غير الـدهن أيضا و أما حرمة الانتفاع بالمتنجس إلا ما خرج بالدليل فسـيجىء الكلام فيه إن شاء الله تعالى و كيف كان فلا إشكال فى جواز بيع الدهن المذكور و عن جماعة الإجماع عليه فى الجملة

[الأخبار المستفيضة الدالة على الجواز]

و الأخبار به مستفيضة منها الصحيح عن معاوية بن وهب عن أبى عبد الله ع قال: قلت له جرذ مات فى سمن أو زيت أو عسل قال ع أما السـمن و العسل فيؤخـذ الجرذ و ما حوله و الزيت يستصـبح به و زاد فى المحكى عن التهذيب أنه يبيع ذلك الزيت و يبينه لمن اشتراه ليستصـبح به و لعـل الفرق بين الزيت و أخويه من جهـة كونه مائعـا غالبا بخلاف السـمن و العسل و فى روايـة إسـماعيل الآتيـة إشـعار بذلك و منها الصحيح عن سعيد الأعرج عن أبى عبد الله ع: فى الفأرة و الدابة تقع فى الطعام و الشراب فتموت فيه قال ع إن كان سمنا أو عسـلا أو زيتا فإنه ربما يكون بعض هذا فإن كان الشـتاء فانزع ما حوله و كله و إن كان الصـيف فادفعه حتى يسرج به و منها ما عن أبى بصـير فى الموثق: عن الفأرة تقع فى السـمن أو فى الزيت فتموت فيه قال ع إن كان جامـدا فليطرحها و ما حولها و يؤكل ما بقى و إن كان ذائبا فأسـرج به و أعلمهم إذا بعته و منها روايهٔ إسـماعيل بن عبد الخالق قال: سأله سعيد الأعرج السمان و أنا حاضر عن السمن و الزيت و العسل تقع فيه الفأرة فتموت كيف يصنع به قال ع أما الزيت فلا تبعه إلا أن تبين له فيبتاع للسراج

المكاسب، ج ۱، ص ۹

و أمـا الأكل فلا و أما السـمن فإن كان ذائبا فكـذلك و إن كان جامـدا و الفأرة فى أعلاه فيؤخـذه ما تحتها و ما حولها ثم لا بأس به و العسل كذلك إن كان جامدا

إذا عرفت هذا فالإشكال يقع فى مواضع

@@@الأول أن صحة بيع هذا الدهن هل هى مشروطة باشتراط الاستصباح به

صريحـا أو يكفى قصـدهما لـذلك أو لاـ يشترط أحـدهما ظـاهر الحلى فى السـرائر الأـول- فـإنه بعـد ذكر جواز الاستصـباح بالأدهان المتنجسـة جمع قـال و يجوز بيعهـا بهـذا الشـرط عنـدنا و ظاهر المحكى عن الخلاف الثانى حيث قال جاز بيعه لمن يستصـبح به تحت السماء دليلنا إجماع الفرقة و أخبارهم و قال أبو حنيفة يجوز مطلقا و نحوه مجردا عن دعوى الإجماع عبارة المبسوط و زاد أنه لا يجوز بيعه إلا لـذلك و ظاهره كفاية القصد و هو ظاهر غيره ممن عبر بقوله جاز بيعه للاستصـباح- كما فى الشـرائع و القواعد و غيرهما. نعم ذكر المحقق الثـانى مـا حاصـله أن التعليـل راجع إلى الجواز يعنى يجوز لأجـل تحقق فائـدة الاستصـباح بيعه و كيف كان فقـد صـرح جماعة بعدم اعتبار قصد الاستصباح.

[اعتبار قصد الاستصباح إذا كان من المنافع النادرة]

و يمكن أن يقال باعتبار قصد الاستصـباح إذا كانت المنفعة المحللة منحصرة فيه و كان من منافعه النادرة التى لا تلاحظ فى ماليته كما فى دهن اللوز و البنفسـج و شـبههما و وجهه أن ماليـة الشـىء إنما هى باعتبار منافعه المحللة المقصودة منه لا باعتبار مطلق الفوائد غير الملحوظـة فى ماليته و لا باعتبار الفوائـد الملحوظـة المحرمـة فإذا فرض أن لا فائـدة فى الشـىء محللة ملحوظة فى ماليته فلا يجوز بيعه على الإطلاـق لأـن الإطلاـق ينصـرف إلى كون الثمن بـإزاء المنـافع المقصودة منه و المفروض حرمتها فيكون أكلا للمال بالباطل و لا

على قصد الفائدة النادرة المحللة لأن قصد الفائدة النادرة لا يوجب كون الشيء مالا. ثم إذا فرض ورود النص الخاص على جواز بيعه كما فيما نحن فيه فلا بد من حمله على إرادة صورة قصد الفائدة النادرة لأن أكل المال حينئذ ليس بالباطل بحكم الشارع بخلاف صورة عدم القصد لأن المال فى هذه الصورة مبذول فى مقابل المطلق المنصرف إلى الفوائد المحرمة فافهم و حينئذ فلو لم يعلم المتبايعان جواز الاستصباح بهذا الدهن و تعاملا من غير قصد إلى هذه الفائدة كانت المعاملة باطلة لأن المال مبذول مع الإطلاق فى مقابل الشيء باعتبار الفوائد المحرمة. ثم لو علمنا عدم التفات المتعاملين إلى المنافع أصلا أمكن صحتها لأنه مال واقعى شرعا قابل لبذل المال بإزائه و لم يقصد به ما لا يصح بذل المال بإزائه من المنافع المحرمة و مرجع هذا فى الحقيقة إلى أنه لا يشترط إلا عدم قصد المنافع المحرمة فافهم.

[عدم اعتبار قصد الاستصباح إذا كان من المنافع الغالبة أو المساوية]

و أما فيما كان الاستصباح منفعة غالبة بحيث كان مالية الدهن باعتباره كالأدهان المعدة للإسراج فلا يعتبر فى صحة بيعه قصده أصلا لأن الشارع قد قرر ماليته العرفية بتجويز الاستصباح به و إن فرض حرمة سائر منافعه بناء على أضعف الوجهين من وجوب الاقتصار فى الانتفاع بالنجس على مورد النص. و كذا إذا كان الاستصباح منفعة مقصودة مساوية لمنفعة الأكل المحرم كالألية و الزيت و عصارة السمسم فلا يعتبر قصد المنفعة المحللة فضلا عن اشتراطه إذ يكفى فى ماليته وجود المنفعة المقصودة المحللة غاية الأمر كون حرمة منفعته الأخرى المقصودة نقصا فيه يوجب الخيار للجاهل

نعم يشترط عدم اشتراط المنفعة المحرمة

بأن يقول بعتك بشرط أن تأكله و إلا فسد العقد بفساد الشرط بل يمكن الفساد و إن لم نقل بإفساد الشرط الفاسد لأن مرجع الاشتراط فى هذا الفرض إلى تعيين المنفعة المحرمة عليه فيكون أكل الثمن أكلا بالباطل لأن حقيقة النفع العائد إلى المشترى بإزاء ثمنه هو النفع المحرم فافهم بل يمكن القول بالبطلان بمجرد القصد و إن لم يشترط فى متن العقد و بالجملة فكل بيع قصد فيه منفعة محرمة بحيث قصد أكل الثمن أو بعضه بإزاء المنفعة المحرمة كان باطلا كما يومئ إلى ذلك ما ورد فى تحريم شراء الجارية المغنية و بيعها و صرح فى التذكرة بأن الجارية المغنية إذا بيعت بأكثر مما يرغب فيها لو لا الغناء فالوجه التحريم انتهى.

ثم إن الأخبار المتقدمة خالية عن اعتبار قصد الاستصباح

لأن موردها مما يكون الاستصباح فيه منفعة مقصودة منها كافية فى ماليتها العرفية و ربما يتوهم من قوله ع- فى رواية الأعرج المتقدمة تبينه لمن يشتريه فيبتاع للسراج اعتبار القصد و يدفعه أن الابتياع للسراج إنما جعل غاية للإعلام بمعنى أن المسلم إذا اطلع على نجاسته فيشتريه للإسراج نظير قوله ع فى رواية معاوية بن وهب: يبينه لمن اشتراه ليستصبح به.

الثانى أن ظاهر بعض الأخبار وجوب الإعلام فهل يجب مطلقا أم لا- و هل وجوبه نفسى أم شرطى

بمعنى اعتبار اشتراطه فى صحة البيع الذى ينبغى أن يقال إنه لا إشكال فى وجوب الإعلام إن قلنا باعتبار اشتراط الاستصباح فى العقد أو تواطئهما عليه من الخارج لتوقف القصد على العلم بالنجاسة و أما إذا لم نقل باعتبار اشتراط الاستصباح فى العقد فالظاهر وجوب الإعلام وجوبا نفسيا- قبل العقد أو بعده لبعض الأخبار المتقدمة- و فى قوله ع: يبينه لمن اشتراه ليستصبح به إشارة إلى وجوب الإعلام لئلا يأكله فإن الغاية للإعلام ليس هو تحقق الاستصباح إذ لا ترتب بينهما شرعا و لا عقلا و لا عادة- بل الفائدة حصر الانتفاع فيه بمعنى عدم الانتفاع به فى غيره

[وجوب إعلام الجاهل بما يعطى إذا كان الانتفاع الغالب به محرما]

ففيه إشارة إلى وجوب إعلام الجاهل بما يعطى إذا كان الانتفاع الغالب به محرما بحيث يعلم عادة وقوعه فى الحرام لو لا الإعلام فكأنه قال أعلمه لأن لا يقع فى الحرام الواقعى بتركك الإعلام

[الأخبار الدالة على حرمة تعزير الجاهل بالحكم أو الموضوع]

و يشير إلى هـذه القاعدة كثير من الأخبار المتفرقة الدالة على حرمة تغرير الجاهل بالحكم أو الموضوع فى المحرمات مثل ما دل على أن من أفتى بغير علم لحقه وزر من عمـل بفتيـاه فـإن إثبات الوزر للمباشـر من جهـة فعل القبيـح الواقعى و حمله على المفتى من حيث التسبيب و التغرير و مثل قوله ع: ما من إمام صـلى بقوم فيكون فى صـلاتهم تقصـير- إلا كان عليه أوزارهم: و فى رواية أخرى: فيكون فى صلاته و صلاتهم تقصير إلا كان إثم ذلك عليه: و فى رواية أخرى:

لا يضـمن الإمام صـلاتهم إلا أن يصـلى بهم جنبا و مثل رواية أبى بصير المتضمنة لكراهة أن تسقى البهيمة أو تطعم ما لا يحل للمسلم أكله أو شـربه فإن فى كراهة ذلك فى البهائم إشـعارا بحرمته بالنسـبة إلى المكلف و يؤيده أن أكل الحرام و شـربه من القبيح و لو فى حق الجاهل و لذا يكون الاحتياط فيه مطلوبا مع الشك إذ لو كان

المكاسب، ج۱، ص ۱۰

للعلم دخـل فى قبحه لم يحسن الاحتياط و حينئـذ فيكون إعطاء النجس للجاهل المـذكور إغراء بالقبيـح و هو قبيـح عقلا. بل قـد يقال بوجـوب الإعلاـم و إن لم يكن منه تسـبيب كمـا لـو رأى نجسـا فى يـده يريـد أكله و هو الـذى صـرح به العلامـة رحمه الله فى أجوبة المسائل المهنائية حيث سأله السـيد المهنا عمن رأى فى ثوب المصلى نجاسة فأجاب بأنه يجب الإعلام لوجوب النهى عن المنكر لكن إثبات هذا مشكل

[أقسام إلقاء الغير فى الحرمة الواقعية]

و الحاصل أن هنا أمورا أربعـة. أحـدها أن يكون فعل الشـخص علة تامة لوقوع الحرام فى الخارج كما إذا أكره غيره على المحرم و لا إشـكال فى حرمته و كون وزر الحرام عليه بل أشد لظلمة. و ثانيها أن يكون فعله سـببا للحرام كمن قدم إلى غيره محرما و مثله ما نحن فيه و قد ذكرنا أن الأقوى فيه التحريم لأن اسـتناد الفعل إلى السبب أقوى- فنسبة فعل الحرام إليه أولى و لذا يستقر الضمان على السبب دون المباشـر الجاهل بل قيل إنه لا ضـمان ابتداء إلا عليه. الثالث أن يكون شـرطا لصدور الحرام و هذا يكون على وجهين أحدهما أن يكون من قبيل إيجاد الداعى على المعصـية إما لحصول الرغبة فيها كترغيب الشـخص على المعصـية و إما لحصول العناد من الشخص حتى يقع فى المعصـية كسب آلهـة الكفـار الموجب لإلقائهم فى سب الحق عنادا أو سب آباء الناس الموقع لهم فى سب أبيه و الظاهر حرمـة القسـمين و قـد ورد فى ذلك عدة من الأخبار. ثانيهما أن يكون بإيجاد شـرط آخر غير الداعى كبيع العنب ممن يعلم أنه يجعله خمرا و سـيأتى الكلام فيه. الرابع أن يكون من قبيل عدم المانع و هذا يكون تارة مع الحرمة الفعلية فى حق الفاعل كسـكوت الشـخص عن المنع من المنكر و لا إشـكال فى الحرمـة بشـرائط النهى عن المنكر و أخرى مع عدم الحرمة الفعلية بالنسـبة إلى الفاعل كسـكوت العالم عن إعلام الجاهل كما فيما نحن فيه فإن صدور الحرام منه مشروط بعدم إعلامه

فهل يجب دفع الحرام بترك السكوت أم لا

فيه إشـكال إلا إذا علمنا من الخارج وجوب دفع ذلك لكونه فسادا قد أمر بدفعه كل من قدر عليه كما لو اطلع على عدم إباحة دم من يريـد الجاهل قتله أو عـدم إباحة عرضه له أو لزم من سـكوته ضـرر مالى قد أمرنا بدفعه عن كل أحد فإنه يجب الإعلام و الردع لو لم يرتـدع بالإعلام بل الواجب هو الردع و لو بـدون الإعلام ففى الحقيقة الإعلام بنفسه غير واجب. و أما فيما تعلق بغير الثلاثة من حقوق الله فوجوب دفع مثل هـذا الحرام مشـكل لأن الظاهر من أدلة النهى عن المنكر وجوب الردع عن المعصـية فلا يدل على وجوب إعلام الجاهـل بكون فعله معصـية نعم وجب ذلـك فيمـا إذا كان الجهل بالحكم لكنه من حيث وجوب تبليغ التكاليف ليستمر التكليف إلى آخر الأبد بتبليغ الشاهد الغائب فالعالم فى الحقيقة مبلغ عن الله ليتم الحجة على الجاهل و يتحقق فيه قابلية الإطاعة و المعصية

[الاستدلال على وجوب الإعلام بأن النجاسة عيب خفى و المناقشة فيه]

ثم إن بعضـهم اسـتدل على وجـوب الإعلـام بـأن النجاسـة عيب خفى فيجب إظهارهـا و فيه مع أن وجوب الإعلـام على القول به ليس مختصا بالمعاوضات بل يشـمل مثل الإباحـة و الهبـة من المجانيات أن كون النجاسـة عيبا ليس إلا لكونه منكرا واقعيا و قبيحا فإن ثبت

ذلك حرم الإلقاء فيه مع قطع النظر عن مسألة وجوب إظهار العيب و إلا لم يكن عيبا فتأمل.

الثالث المشهور بين الأصحاب وجوب كون الاستصباح تحت السماء

بل في السرائر أن الاستصباح به تحت الظلال محظور بغير خلاف و في المبسوط أنه روى أصحابنا أنه يستصبح به تحت السماء دون السقف لكن الأخبار المتقدمة على كثرتها و ورودها في مقام البيان ساكتة عن هذا القيد و لا مقيد لها من الخارج عدا ما يدعى من مرسلة الشيخ- المنجبرة بالشهرة المحققة و الاتفاق المحكي لكن لو سلم الانجبار فغاية الأمر دورانه بين تقييد المطلقات المتقدمة أو حمل الجملة الخبرية على الاستحباب أو الإرشاد لئلا يتأثر السقف بدخان النجس الذي هو نجس بناء على ما ذكره الشيخ من دلالة المرسلة على نجاسة الدخان النجس إذ قد لا يخلو من أجزاء لطيفة دهنية تتصاعد بواسطة الحرارة و لا ريب أن مخالفة الظاهر في المرسلة خصوصا بالحمل على الإرشاد دون الاستحباب أولى خصوصا مع ابتناء التقييد إما على ما ذكره الشيخ من دلالة الرواية على نجاسة الدخان المخالفة للمشهور و إما على كون الحكم تعبدا محضا و هو في غاية البعد. و لعله لذلك أفتى في المبسوط بالكراهة مع روايته للمرسلة

و الإنصاف أن المسألة لا تخلو عن إشكال

من حيث ظاهر الروايات البعيدة عن التقييد لإبائها في أنفسها عنه و إباء المقيد عنه و من حيث الشهرة المحققة و الاتفاق المنقول و لو رجع إلى أصالة البراءة حينئذ لم يكن إلا بعيدا عن الاحتياط و جرأة على مخالفة المشهور.

ثم إن العلامة في المختلف فصل

بين ما إذا علم بتصاعد شيء من أجزاء الدهن و ما إذا لم يعلم فوافق المشهور في الأول و هو مبني على ثبوت حرمة تنجيس السقف و لم يدل عليه دليل و إن كان ظاهر كل من حكم بكون الاستصباح تحت السماء تعبدا لا لنجاسة الدخان معللا بطهارة دخان النجس التسالم على حرمة التنجيس و إلا لكان الأولى تعليل التعبد به لا بطهارة الدخان كما لا يخفى

الرابع هل يجوز الانتفاع بهذا الدهن في غير الاستصباح

بأن يعمل صابونا أو يطلى به الأجرب أو السفن قولان مبنيان على أن الأصل في المتنجس جواز الانتفاع إلا ما خرج بالدليل كالأكل و الشرب و الاستصباح تحت الظل أو أن القاعدة فيه المنع عن التصرف إلا ما خرج بالدليل كالاستصباح تحت السماء و بيعه ليعمل صابونا على رواية ضعيفة تأتي

[كلمات الفقهاء في المسألة]

و الذي صرح به في مفتاح الكرامة هو الثاني و وافقه بعض مشايخنا المعاصرين و هو ظاهر جماعة من القدماء كالشيخين و السيدين و الحلي و غيرهم.

[ما قاله السيد في الانتصار]

قال في الانتصار و مما انفردت به الإمامية أن كل طعام عالجه أهل الكتاب و من ثبت كفرهم بدليل قاطع لا يجوز أكله و لا الانتفاع به و اختلف باقي الفقهاء في ذلك و قد دللنا على ذلك في كتاب الطهارة حيث دللنا على أن سؤر الكفار نجس.

[ما قاله الشيخ في المبسوط و النهاية و الخلاف]

و قال في المبسوط في الماء المضاف إنه مباح التصرف فيه بأنواع التصرف ما لم تقع فيه نجاسة فإن وقعت فيه نجاسة لم يجز استعماله على حال و قال في حكم الماء المتغير بالنجاسة إنه لا يجوز استعماله إلا عند الضرورة للشرب لا غير و قال في النهاية و إن كان ما حصل فيه الميتة مائعا لم يجز استعماله و وجب إهراقه انتهى و قريب منه عبارة المقنعة. و قال في الخلاف في حكم السمن و البذر و الشيرج و الزيت إذا وقعت فيه فأرة إنه جاز الاستصباح به و لا يجوز أكله و لا الانتفاع به بغير الاستصباح و به قال الشافعي و قال قوم من أصحاب الحديث لا ينتفع به بحال لا باستصباح و لا غيره بل يراق

المكاسب، ج‌۱، ص ۱۱

كالخمر و قال أبو حنيفة يستصبح به و يباع لذلك مطلقا و قال ابن داود إن كان المائع سمنا لم ينتفع به و إن كان غيره من الأدهان لم ينجس بموت الفأرة فيه و يحل أكله و شربه لأن الخبر ورد في السمن فحسب دليلنا إجماع الفرقة و أخبارهم

[ما قاله الحلي في السرائر]

و في السرائر في حكم الدهن المتنجس أنه لا يجوز الادهان به و لا استعماله في شي‌ء من الأشياء عدا الاستصباح تحت السماء انتهى و ادعى في موضع آخر أن الاستصباح به تحت الظلال محظور بغير خلاف

[ما قاله ابن زهرة في الغنية]

و قال ابن زهرة بعد أن اشترط في المبيع أن يكون مما ينتفع به منفعة محللة و شرطنا في المنفعة أن تكون مباحة تحفظا من المنافع المحرمة و يدخل في ذلك كل نجس لا يمكن تطهيره عدا ما استثني من بيع الكلب المعلم للصيد و الزيت النجس للاستصباح به تحت السماء و هو إجماع الطائفة ثم استدل على جواز بيع الزيت بعد الإجماع بأن النبي ص أذن في الاستصباح به تحت السماء قال و هذا يدل على جواز بيعه لذلك انتهى

و لكن الأقوى وفاقا لأكثر المتأخرين جواز الانتفاع إلا ما خرج بالدليل

و يدل عليه أصالة الجواز و قاعدة حل الانتفاع بما في الأرض و لا حاكم عليها سوى ما يتخيل من بعض الآيات و الأخبار و دعوى الجماعة المتقدمة الإجماع على المنع

و الكل غير قابل لذلك.

[الاستدلال على المنع بالآيات و الجواب عنه]

أما الآيات فمنها قوله تعالى إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَيْسِرُ وَ الْأَنْصابُ وَ الْأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطانِ فَاجْتَنِبُوهُ دل بمقتضى التفريع على وجوب اجتناب كل رجس و فيه أن الظاهر من الرجس ما كان كذلك في ذاته لا ما عرض له ذلك فيختص بالعناوين النجسة و هي النجاسات العشر مع أنه لو عم المتنجس لزم أن يخرج عنه أكثر الأفراد فإن أكثر المتنجسات لا يجب الاجتناب عنه مع أن وجوب الاجتناب ثابت فيما كان رجسا من عمل الشيطان يعني من مبتدعاته فيختص وجوب الاجتناب المطلق بما كان من عمل الشيطان سواء أ كان نجسا كالخمر أم قذرا معنويا مثل الميسر. و من المعلوم أن المائعات المتنجسة كالدهن و الطين و الصبغ و الدبس إذا تنجست ليست من أعمال الشيطان و إن أريد من عمل الشيطان عمل المكلف المتحقق في الخارج بإغوائه ليكون المراد بالمذكورات استعمالها على النحو الخاص فالمعنى أن الانتفاع بهذه المذكورات رجس من عمل الشيطان كما يقال في سائر المعاصي إنها من عمل الشيطان فلا تدل أيضا على وجوب الاجتناب عن استعمال المتنجس إلا إذا ثبت كون الاستعمال رجسا و هو أول الكلام و كيف كان فالآية لا تدل على المطلوب و من بعض ما ذكرنا يظهر ضعف الاستدلال على ذلك بقوله تعالى وَ الرُّجْزَ فَاهْجُرْ بناء على أن الرجز هو الرجس و أضعف من الكل الاستدلال بآية تحريم الخبائث بناء على أن كل متنجس خبيث و التحريم المطلق يفيد عموم الانتفاع إذ لا يخفى أن المراد هنا حرمة الأكل بقرينة مقابلته بحلية الطيبات.

[الاستدلال على المنع بالأخبار و الجواب عنه]

و أما الأخبار فمنها ما تقدم في رواية تحف العقول حيث علل النهي عن بيع وجوه النجس بأن ذلك كله محرم أكله و شربه و إمساكه و جميع التقلب فيه. فجميع التقلب في ذلك حرام و فيه ما تقدم من أن المراد بوجوه النجس عنواناته المعهودة لأن الوجه هو العنوان و الدهن ليس عنوانا للنجاسة و الملاقي للنجس و إن كان عنوانا للنجاسة لكنه ليس وجها من وجوه النجاسة في مقابلة غيره و لذا لم يعدوه عنوانا في مقابل العناوين النجسة مع ما عرفت من لزوم تخصيص الأكثر لو أريد به المنع عن استعمال كل متنجس. و منها ما دل على الأمر بإهراق المائعات الملاقية للنجاسة و إلقاء ما حول الجامد من الدهن و شبهه و طرحه و قد تقدم بعضها في مسألة الدهن و

بعضـها الآخر متفرقـة مثل قوله یهریق المرق و نحو ذلک و فیه أن طرحها کنایـة عن عـدم الانتفاع بها فی الأکل فإن ما أمر بطرحه من جامد الدهن و الزیت یجوز الاستصباح به إجماعا فالمراد اطراحه من ظرف الدهن و ترک الباقی للأکل.

[الإجماعات المدعاة علی المنع و النظر فی دلالتها]

و أما الإجماعات ففی دلالتها علی المدعی نظر یظهر من ملاحظتها فإن الظاهر من کلام السـید المتقدم أن مورد الإجماع هو نجاسة ما باشـره أهل الکتاب و أما حرمة الأکل و الانتفاع فهی من فروعها المتفرعة علی النجاسة لا أن معقد الإجماع حرمة الانتفاع بالنجس فإن خلاف باقی الفقهاء فی أصل النجاسـة فی أهل الکتاب لا فی أحکام النجس. و أما إجماع الخلاف فالظاهر أن معقـده ما وقع الخلاف فیـه بینـه و بیـن مـن ذکر من المخـالفین إذ فرق بین دعـوی الإجمـاع علی محـل النزاع بعـد تحریره و بین دعـواه ابتـداء علی الأحکـام المذکورات فی عنوان المسألة فإن الثانی یشـمل الأحکام کلها و الأول لا یشـمل إلا الحکم الواقع مورد الخلاف- لأنه الظاهر من قوله دلیلنا إجمـاع الفرقـة فـافهم و اغتنم و أما إجماع السـید فی الغنیـة فهو فی أصل مسألـة تحریم بیع النجاسات و اسـتثناء الکلب المعلم و الزیت المتنجس لا ـ فیما ذکره من أن حرمـة بیع المتنجس من حیث دخوله فیما یحرم الانتفاع نعم هو قائل بـذلک و بالجملـة فلا ینکر ظهور کلاـم السـید فی حرمـة الانتفـاع بالنجس الـذاتی و العرضـی و لکن دعواه الإجماع علی ذلک بعیـدة عن مـدلول کلامه جـدا و کذلک لا ینکر کون السـید و الشیخ قائلین بحرمة الانتفاع بالمتنجس کما هو ظاهر المفید و صریح الحلی لکن دعواهما الإجماع علی ذلـک ممنوعـة عنـد المتأمـل المنصف ثم علی تقـدیر تسلیم دعواهم الإجماعات فلا ریب فی وهنها بما یظهر من أکثر المتأخرین من قصر حرمة الانتفاع علی أمور خاصة.

[ما قاله المحقق فی المعتبر]

قـال فی المعتبر فی أحکـام المـاء القلیـل المتنجس و کل ماء حکم بنجاسـته لم یجز اسـتعماله إلی أن قال و نریـد بالمنع عن اسـتعماله الاسـتعمال فی الطهـارة و إزالـة الخبث و الأکـل و الشـرب دون غیره مثـل بل الطین و سـقی الدابـة انتهی. أقول إن بل الصـبغ و الحناء بذلک الماء داخل فی الغیر فلا یحرم الانتفاع بهما

[ما قاله العلامة فی کتبه]

و أمـا العلامـة فقـد قصـر حرمـة اسـتعمال المـاء المتنجس فی التحریر و القواعـد و الإرشـاد علی الطهارة و الأکل و الشـرب و جوز فی المنتهی الانتفاع بالعجین النجس فی علف الدواب محتجا بأن المحرم علی المکلف تناوله و بأنه انتفاع فیکون سائغا للأصل و لا یخفی أن کلا دلیلیه صریح فی حصر التحریم فی أکل العجین المتنجس.

[ما قاله الشهید فی قواعده و الذکری]

و قـال الشـهید فی قواعـده النجاسـة ما حرم اسـتعماله فی الصـلاة و الأغذیـة ثم ذکر ما یؤیـد المطلوب. و قال فی الـذکری فی أحکام النجاسـة تجب إزالـة النجاسـة عن الثوب و البدن ثم ذکر المساجد و غیرها إلی أن قال و عن کل مستعمل فی أکل أو شـرب أو ضوء تحت ظل للنهی عن النجس و للنص انتهی و مراده بالنهی عن النجس النهی عن أکله و مراده بالنص ما ورد عن النهی عن الاستصباح

المکاسب، ج ۱، ص ۱۲

بالدهن المتنجس تحت السـقف فانظر إلی صراحة کلامه فی أن المحرم من الدهن المتنجس بعد الأکل و الشرب خصوص الاستضاءة تحت الظل للنص

[ما حکاه المحقق الثانی عن بعض فوائد الشهید]

و هو المطابق لما حکاه المحقق الثانی فی حاشیة الإرشاد عنه قدس سره فی بعض فوائده من جواز الانتفاع بالدهن المتنجس فی جمیع ما یتصور من فوائـده. و قال المحقق و الشـهید الثانیان فی المسالک و حاشـیة الإرشاد عنـد قول المحقق و العلامة قدس سـرهما تجب إزالـة النجاسـة عن الأوانی إن هذا إذا اسـتعملت فیما یتوقف اسـتعماله علی الطهارة کالأکل و الشـرب و سـیأتی عن المحقق الثانی فی

حاشية الإرشاد فی مسألة الانتفاع بالإصباغ المتنجسة ما يدل على عدم توقف جواز الانتفاع بها على الطهارة

[ما أفاده الشهيد الثانی فی المسالک]

و فی المسالک فی ذيل قول المحقق قدس سره و كل مائع نجس عدا الأدهان قال لا فرق فی عدم جواز بيعها على القول بعدم قبولها للطهارة بين صلاحيتها للانتفاع على بعض الوجوه و عدمه و لا بين الإعلام بحالها و عدمه على ما نص عليه الأصحاب و أما الأدهان المتنجسة بنجاسة عارضية كالزيت تقع فيه الفأرة فيجوز بيعها لفائدة الاستصباح بها و إنما خرج هذا الفرد بالنص و إلا فكان ينبغی مساواتها لغيرها من المائعات المتنجسة التی يمكن الانتفاع بها فی بعض الوجوه و قد ألحق بعض الأصحاب ببيعها للاستصباح بيعها ليعمل صابونا أو يطلى بها الأجرب و نحو ذلک و يشكل بأنه خروج عن مورد النص المخالف للأصل فإن جاز لتحقق المنفعة فينبغی مثله فی المائعات النجسة التی ينتفع بها كالدبس يطعم للنحل و نحوه و لا يخفى ظهوره فی جواز الانتفاع بالمتنجس و كون المنع من بيعه لأجل النص يقتصر على مورده و كيف كان فالمتتبع فی كلام المتأخرين يقطع بما استظهرناه من كلماتهم و الذی أظن و إن كان الظن لا يغنی لغيری شيئا أن كلمات القدماء يرجع إلى ما ذكره المتأخرون و أن المراد بالانتفاع فی كلمات القدماء الانتفاعات الراجعة إلى الأكل و الشرب و إطعام الغير و بيعه على نحو بيع ما يحل أكله ثم لو فرضنا مخالفة القدماء كفى موافقة المتأخرين فی دفع الوهن عن الأصل و القاعدة السالمين عما يرد عليهما

[جواز بيعه لغير الاستصباح من الانتفاعات بناء على جوازها]

ثم إن على تقدير جواز غير الاستصباح من الانتفاعات فالظاهر جواز بيعه لهذه الانتفاعات وفاقا للشهيد و المحقق الثانی قدس سرهما قال الثانی فی حاشية الإرشاد فی ذيل قول العلامة إلا الدهن للاستصباح إن فی بعض الحواشی المنسوبة إلى شيخنا الشهيد إن الفائدة لا تنحصر فی ذلک إذ مع فرض فائدة أخرى للدهن لا تتوقف على طهارته يمكن بيعه لها كاتخاذ الصابون منه قال و هو مروی و مثله طلی الدواب. أقول لا بأس بالمصير إلى ما ذكره شيخنا و قد ذكر أن به رواية انتهى أقول و الرواية إشارة إلى ما عن الراوندی فی كتاب النوادر بإسناده عن أبی الحسن موسى بن جعفر ع و فيه: سئل ع عن الشحم يقع فيه شیء له دم فيموت قال ع تبيعه لمن يعمله صابونا إلى آخر الخبر

[حكم بيع غير الدهن من المتنجسات]

ثم لو قلنا بجواز البيع فی الدهن لغير المنصوص من الانتفاعات المباحة فهل يجوز بيع غيره من المتنجسات المنتفع بها فی المنافع المقصودة المحللة كالصبغ و الطين و نحوهما أم يقتصر على المتنجس المنصوص و هو الدهن غاية الأمر التعدی من حيث غاية البيع- إلى غير الاستصباح إشكال

[وجه المنع]

من ظهور استثناء الدهن فی كلام المشهور فی عدم جواز بيع ما عداه بل عرفت من المسالک نسبه عدم الفرق بين ما له منفعة محللة و ما ليست له إلى نص الأصحاب

[وجه الجواز]

و مما تقدم فی مسألة جلد الميتة- من أن الظاهر من كلمات جماعة من القدماء و المتأخرين كالشيخ فی الخلاف و ابن زهرة و العلامة و ولده و الفاضل المقداد و المحقق الثانی و غيرهم دوران المنع عن بيع النجس مدار جواز الانتفاع به و عدمه إلا ما خرج بالنص كأليات الميتة مثلا أو مطلق نجس العين على ما سيأتی من الكلام فيه و هذا هو الذی يقتضيه استصحاب الحكم قبل التنجس و هی القاعدة المستفادة من قوله ع فی رواية تحف العقول: أن كل شیء يكون لهم فيه الصلاح من جهة من الجهات فذلک كله حلال. و ما تقدم من رواية دعائم الإسلام من حل بيع كل ما يباح الانتفاع به و أما قوله تعالى فَاجْتَنِبُوهُ و قوله تعالى وَ الرُّجْزَ فَاهْجُرْ

[توجيه ما يظهر منه المنع من النصوص]

فقد عرفت أنهما لا تدلان على حرمة الانتفاع بالمتنجس فضلا عن حرمة البيع على تقدير جواز الانتفاع. و من ذلك يظهر عدم صحة الاستدلال فيما نحن فيه بالنهى فى رواية تحف العقول عن بيع شيء من وجوه النجس بعد ملاحظة تعليل المنع فيها بحرمة الانتفاع

[توجيه كلام من أطلق المنع]

و يمكن حمل كلام من أطلق المنع- عن بيع النجس إلا الدهن لفائدة الاستصباح على إرادة المائعات النجسة التى لا ينتفع بها فى غير الأكل و الشرب منفعة محللة مقصودة من أمثالها و يؤيده تعليل استثناء الدهن لفائدة الاستصباح نظير استثناء بول الإبل للاستشفاء و إن احتمل أن يكون ذكر الاستصباح لبيان ما يشترط أن يكون غاية للبيع. قال فى جامع المقاصد فى شرح قول العلامة قدس سره إلا الدهن لتحقق فائدة الاستصباح به تحت السماء خاصة قال ليس المراد بخاصة بيان حصر الفائدة فى الاستصباح كما هو الظاهر و قد ذكر شيخنا الشهيد فى حواشيه أن فى رواية جواز اتخاذ الصابون من الدهن المتنجس و صرح مع ذلك بجواز الانتفاع به فيما يتصور من فوائده به كطلى الدواب إن قيل إن العبارة تقتضى حصر الفائدة لأن الاستثناء فى سياق النفى يفيد الحصر فإن المعنى فى العبارة إلا الدهن المتنجس لهذه الفائدة قلنا ليس المراد ذلك لأن الفائدة بيان لوجه الاستثناء أى إلا الدهن لتحقق فائدة الاستصباح و هذا لا يستلزم الحصر و يكفى فى صحة ما قلنا تطرق الاحتمال فى العبارة المقتضى لعدم الحصر انتهى. و كيف كان فالحكم بعموم كلمات هؤلاء- لكل مائع متنجس مثل الطين و الجص المائعين و الصبغ و شبه ذلك محل تأمل و ما نسبه فى المسالك من عدم فرقهم فى المنع عن بيع المتنجس بين ما يصلح للانتفاع به و ما لا يصلح فلم يثبت صحته مع ما عرفت من كثير من الأصحاب من إناطة الحكم فى كلامهم مدار الانتفاع

[استشكال المحقق الثانى فى حاشية الإرشاد على عبارة العلامة]

و لأجل ذلك استشكل المحقق الثانى فى حاشية الإرشاد فيما ذكره العلامة بقوله و لا بأس ببيع ما عرض له التنجيس مع قبول الطهارة حيث قال مقتضاه أنه لو لم يكن قابلا للطهارة لم يجز بيعه و هو مشكل إذ الأصباغ المتنجسة لا تقبل عند الأكثر و الظاهر جواز بيعها لأن منافعها لا تتوقف على الطهارة اللهم إلا أن يقال إنها تئول إلى حاله يقبل معها التطهير لكن بعد جفافها بل ذلك هو المقصود منها فاندفع الإشكال. أقول لو لم يعلم من مذهب العلامة- دوران المنع عن بيع المتنجس مدار حرمة الانتفاع لم يرد على عبارته إشكال لأن المفروض

المكاسب، ج ۱، ص ۱۳

حينئذ التزامه بجواز الانتفاع بالإصباغ مع عدم جواز بيعها إلا أن يرجع الإشكال إلى حكم العلامة و أنه مشكل على مختار المحقق لا إلى كلامه و أن الحكم مشكل على مذهب المتكلم فافهم ثم إن ما دفع به الإشكال من جعل الأصباغ قابلة للطهارة إنما ينفع فى خصوص الأصباغ. و أما مثل بيع الصابون المتنجس فلا يندفع الإشكال عنه بما ذكره- و قد تقدم منه سابقا جواز بيع الدهن المتنجس ليعمل صابونا بناء على أنه من فوائده المحللة. مع أن ما ذكره من قبول الصبغ التطهير بعد الجفاف محل نظر لأن المقصود من قبوله الطهارة قبولها قبل الانتفاع و هو مفقود فى الأصباغ لأن الانتفاع بها و هو الصبغ قبل الطهارة و أما ما يبقى منها بعد الجفاف و هو اللون فهى نفس المنفعة لا الانتفاع مع أنه لا يقبل التطهير و إنما القابل هو الثوب.

بقى الكلام فى حكم نجس العين من حيث أصالة حل الانتفاع به فى غير ما ثبتت حرمته

أو أصالة العكس فاعلم أن ظاهر الأكثر أصالة حرمة الانتفاع بنجس العين بل ظاهر فخر الدين فى شرح الإرشاد و الفاضل المقداد الإجماع على ذلك حيث استدلا على عدم جواز بيع الأعيان النجسة بأنها محرمة الانتفاع و كل ما هو كذلك لا يجوز بيعه قالا أما الصغرى فإجماعية و يظهر من الحدائق فى مسألة الانتفاع بالدهن المتنجس فى غير الاستصباح نسبه ذلك إلى الأصحاب.

[دلالة ظواهر الكتاب و السنة على حرمة الانتفاع بنجس العين مطلقا]

و يدل عليه ظواهر الكتاب و السنة مثل قوله تعالى حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ بناء على ما ذكره الشيخ و العلامة من إرادة جميع الانتفاعات و

قوله تعالى إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَيْسِرُ وَ الْأَنْصابُ وَ الْأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطانِ فَاجْتَنِبُوهُ الدال على وجوب اجتناب كل رجس و هو نجس العين و قوله تعالى وَ الرُّجْزَ فَاهْجُرْ بناء على أن هجره لا يحصل إلا بالاجتناب عنه مطلقا و تعليله ع فی روایهٔ تحف العقول حرمهٔ بیع وجوه النجس بحرمهٔ الأکل و الشرب و الإمساک و جمیع التقلبات فیه.

[دلالهٔ کل ما دل حرمهٔ البیع علی حرمهٔ الانتفاع بالملازمهٔ]

و یدل علیه أیضا کل ما دل من الأخبار و الإجماع علی عدم جواز بیع نجس العین بناء علی أن المنع من بیعه لا یکون إلا مع الانتفاع به

[مقتضی التأمل رفع الید عما ذکر من الأدلهٔ]

هذا و لکن التأمل یقتضی بعدم جواز الاعتماد فی مقابلهٔ أصالهٔ الإباحهٔ علی شیء مما ذکر. أما آیات التحریم و الاجتناب و الهجر فلظهورها فی الانتفاعات المقصودهٔ- فی کل نجس بحسبه و هی فی مثل المیتهٔ الأکل و فی الخمر الشرب و فی المیسر اللعب به و فی الأنصاب و الأزلام ما یلیق بحالهما و أما روایهٔ تحف العقول فالمراد بالإمساک و التقلب فیه ما یرجع إلی الأکل و الشرب- و إلا فسیجیء الاتفاق علی جواز إمساک نجس العین لبعض الفوائد- . و ما دل من الإجماع و الأخبار علی حرمهٔ بیع نجس العین قد یدعی اختصاصه بغیر ما یحل الانتفاع المعتد به أو بمنع استلزامه لحرمهٔ الانتفاع بناء علی أن نجاسهٔ العین مانع مستقل عن جواز البیع من غیر حاجهٔ إلی إرجاعها إلی عدم المنفعهٔ المحللهٔ

[دفع توهم الإجماع علی الحرمهٔ بظهور کلمات الفقهاء فی الجواز]

و أما توهم الإجماع فمدفوع بظهور کلمات کثیر منهم فی جواز الانتفاع فی الجملهٔ. قال فی المبسوط إن سرجین ما لا یؤکل لحمه و عذرهٔ الإنسان و خرء الکلاب لا یجوز بیعها و یجوز الانتفاع بها فی الزروع و الکروم و أصول الشجر بلا خاف انتهی و قال العلامهٔ فی التذکرهٔ یجوز اقتناء الأعیان النجسهٔ لفائدهٔ و نحوها فی القواعد و قرره علی ذلک فی جامع المقاصد و زاد علیه قوله لکن هذه لا تصیرها مالا- بحیث یقابل بالمال و قال فی باب الأطعمهٔ و الأشربهٔ من المختلف إن شعر الخنزیر یجوز استعماله مطلقا مستدلا بأن نجاسته لا تمنع الانتفاع به لما فیه من المنفعهٔ الخالیهٔ عن ضرر عاجل و آجل و قال الشهید فی قواعده النجاسهٔ ما حرم استعماله فی الصلاهٔ و الأغذیهٔ للاستقذار و للتوصل بها إلی الفرار ثم ذکر أن قید الأغذیهٔ لبیان مورد الحکم و فیه تنبیه علی الأشربهٔ کما أن فی الصلاهٔ تنبیها علی الطواف انتهی و هو کالنص فی جواز الانتفاع بالنجس فی غیر هذه الأمور. و قال الشهید الثانی فی الروضهٔ عند قول المصنف فی عداد ما لا یجوز بیعه من النجاسات و الدم قال و إن فرض له نفع حکمی کالصبغ و أبوال و أرواث ما لا یؤکل لحمه و إن فرض لهما نفع فإن الظاهر أن المراد بالنفع المفروض للدم و الأبوال و الأرواث هو النفع المحلل و إلا لم یحسن ذکر هذا القید فی خصوص هذه الأشیاء دون سائر النجاسات و لا ذکر خصوص الصبغ للدم مع أن الأکل هی المنفعهٔ المتعارفهٔ المنصرف إلیها الإطلاق فی قوله تعالی حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَ الدَّمُ و المسوق لها الکلام فی قوله تعالی أَوْ دَماً مَسْفُوحاً. و ما ذکرنا هو ظاهر المحقق الثانی حیث حکی عن الشهید أنه حکی عن العلامهٔ جواز الاستصباح بدهن المیتهٔ ثم قال و هو بعید لعموم النهی عن الانتفاع بالمیتهٔ فإن عدوله عن التعلیل بعموم المنع عن الانتفاع بالنجس إلی ذکر خصوص المیتهٔ یدل علی عدم العموم فی النجس- و کیف کان فلا یبقی بملاحظهٔ ما ذکرنا وثوق بنقل الإجماع المتقدم عن شرح الإرشاد و التنقیح الجابر لروایهٔ تحف العقول عن جمیع التقلب فی التنجس مع احتمال أن یراد من جمیع التقلب جمیع أنواع التعاطی لا الاستعمالات و یراد إمساکه إمساکه للوجه المحرم

[اختیار بعض الأساطین جواز الانتفاع بالنجس کالمتنجس]

و لعله للإحاطهٔ بما ذکرنا اختار بعض الأساطین فی شرحه علی القواعد جواز الانتفاع بالنجس کالمتنجس لکن مع تفصیل لا یرجع إلی مخالفهٔ فی محل الکلام فقال و یجوز الانتفاع بالأعیان النجسهٔ و المتنجسهٔ فی غیر ما ورد النص بمنعه کالمیتهٔ النجسهٔ التی لا یجوز الانتفاع بها فیما یسمی استعمالا عرفا للأخبار و الإجماع و کذا الاستصباح بالدهن المتنجس تحت الظلال و ما دل علی المنع من

الانتفاع بالنجس و المتنجس مخصوص أو منزل على الانتفاع الدال على عدم الاكتراث بالدين و عدم المبالاة. و أما من استعمله ليغسله فغير مشمول للأدلة فيبقى على حكم الأصل انتهى. و التقييد بما يسمى استعمالا فى كلامه رحمه الله لعله لإخراج مثل الإيقاد بالميتة- و سد ساقية الماء بها و إطعامها لجوارح الطير و مراده سلب الاستعمال المضاف إلى الميتة عن هذه الأمور لأن استعمال كل شىء إعماله فى العمل المقصود منه عرفا فإن إيقاد الباب و السرير لا يسمى استعمالا لهما لكن يشكل بأن المنهى عنه فى النصوص الانتفاع بالميتة الشامل لغير الاستعمال المعهود المتعارف فى الشىء و لذا قيد هو قدس سره الانتفاع بما يسمى استعمالا.

[ما هو الانتفاع المنهى عنه فى النصوص]

نعم يمكن أن يقال إن مثل هذه الاستعمالات لا تعد انتفاعا تنزيلا لها منزلة المعدوم- و لذا يقال للشىء إنه مما لا ينتفع به مع قابليته للأمور المذكورة. فالمنهى عنه هو الانتفاع بالميتة بالمنافع المقصودة التى

المكاسب، ج۱، ص ۱۴

تعد عرفا غرضا من تملك الميتة لو لا كونها ميتة و إن كانت قد تملك لخصوص هذه الأمور كما قد يشترى اللحم لإطعام الطيور و السباع لكنها أغراض شخصية كما قد يشترى الجلاب لإطفاء النار و الباب للإيقاد و التسخين به.

[ما قاله العلامة فى النهاية]

قال العلامة فى النهاية فى بيان أن الانتفاع ببول غير المأكول فى الشرب للدواب منفعة جزئية لا يعتد بها قال إذ كل شىء من المحرمات لا يخلو من منفعة كالخمر للتخليل و العذرة للتسميد و الميتة لأكل جوارح الطير و لم يعتبرها الشارع انتهى.

[عدم الاعتداد بالمنافع النادرة]

ثم إن الانتفاع المنفى فى الميتة- و إن كان مطلقا فى حيز النفى إلا أن اختصاصه بما ادعيناه من الأغراض المقصودة من الشىء دون الفوائد المترتبة عليه من دون أن تعد مقاصد ليس من جهة انصرافها إلى المقاصد حتى يمنع انصراف المطلق فى حيز النفى بل من جهة التسامح و الادعاء العرفى تنزيلا للموجود منزلة المعدوم فإنه يقال للميتة مع وجود تلك الفوائد فيها إنها مما لا ينتفع به و مما ذكرنا ظهر الحال فى البول و العذرة و المنى فإنها مما لا ينتفع بها و إن استفيد منها بعض الفوائد كالتسميد و الإحراق كما هو سيرة بعض الجصاصين من العرب كما يدل عليه وقوع السؤال فى بعض الروايات عن الجص يوقد عليه العذرة و عظام الموتى و يجصص به المسجد فقال الإمام ع: إن الماء و النار قد طهراه بل فى الرواية إشعار بالتقرير فتفطن.

[استبعاد ما ذكره بعض الأساطين]

و أما ما ذكره من تنزيل ما دل على المنع من الانتفاع بالنجس على ما يؤذن بعدم الاكتراث بالدين و عدم المبالاة لا من استعمله ليغسله فهو تنزيل بعيد.

[تنزيل ما دل على المنع على الانتفاع الموجب للتلويث]

نعم يمكن أن ينزل على الانتفاع به على وجه الانتفاع بالطاهر- بأن يستعمله على وجه يوجب تلويث بدنه و ثيابه و سائر آلات الانتفاع كالصبغ بالدم و إن بنى على غسل الجميع عند الحاجة إلى ما يشترط فيه الطهارة و فى بعض الروايات إشارة إلى ذلك.

[دلالة رواية الوشاء على ذلك]

ففى الكافى بسنده عن الوشاء قال: سألت أبا الحسن ع فقلت له جعلت فداك إن أهل الجبل تثقل عندهم أليات الغنم فيقطعونها فقال حرام هى فقلت جعلت فداك فنستصبح بها فقال أ ما علمت أنه يصيب اليد و الثوب و هو حرام بحملها على حرمة الاستعمال- على وجه يوجب تلويث البدن و الثياب. و أما حمل الحرام على النجس كما فى كلام بعض فلا شاهد عليه و الرواية فى نجس العين فلا ينتقض بجواز الاستصباح بالدهن المتنجس لاحتمال كون مزاولة نجس العين مبغوضا للشارع كما يشير إليه قوله تعالى وَ الرُّجْزَ فَاهْجُرْ

[المنفعة المحللة للنجس قد تجعله مالا عرفا و قد لا تجعله]

ثم إن منفعة النجس المحللة للأصل أو النص- قد تجعله مالا عرفا إلا أنه منع الشرع عن بيعه كجلد الميتة إذا قلنا بجواز الاستقاء به لغير الوضوء كما هو مذهب جماعة مع القول بعدم جواز بيعه لظاهر الإجماعات المحكية و شعر الخنزير إذا جوزنا استعماله اختيارا و الكلاب الثلاث إذا منعنا عن بيعها فمثل هذه أموال لا تجوز المعاوضة عليها و لا يبعد جواز هبتها لعدم المانع مع وجود المقتضى فتأمل- . و قد لا تجعله مالا عرفا- لعدم ثبوت المنفعة المقصودة منه له و إن ترتب عليه الفوائد كالميتة التى يجوز إطعامها لجوارح الطير و الإيقاد بها و العذرة للتسميد. فإن الظاهر أنها لا تعد أموالا عرفا كما اعترف به جامع المقاصد فى شرح قول العلامة و يجوز اقتناء الأعيان النجسة لفائدة

[الظاهر ثبوت حق الاختصاص فى الأعيان النجسة]

و الظاهر ثبوت حق الاختصاص فى هذه الأمور الناشئ إما عن الحيازة و إما عن كون أصلها مالا للمالك كما لو مات حيوان له أو فسد لحم اشتراه للأكل على وجه خرج عن المالية و الظاهر جواز المصالحة على هذا الحق بلا عوض بناء على صحة هذا الصلح بل دفع العوض بناء على أنه لا يعد ثمنا لنفس العين- حتى يكون سحتا بمقتضى الأخبار.

[ما أفاده العلامة فى التذكرة]

قال فى التذكرة و تصح الوصية بما يحل الانتفاع به من النجاسات كالكلب المعلم و الزيت النجس لإشعاله تحت السماء و الزبل للانتفاع بإشعاله و التسميد به و جلد الميتة إن سوغنا الانتفاع به و الخمر المحترمة لثبوت الاختصاص فيها و انتقالها من يد إلى يد بالإرث و غيره انتهى و الظاهر أن مراده بغير الإرث الصلح الناقل. و أما اليد الحادثة بعد إعراض اليد الأولى فليس انتقالا ـ لكن الإنصاف أن الحكم مشكل نعم لو بذل مالا على أن يرفع يده عنها ليحوزها الباذل كان حسنا كما يبذل الرجل المال على أن يرفع اليد عما فى تصرفه من الأمكنة المشتركة كمكانه من المسجد و المدرسة و السوق.

[ما ذكره بعض الأساطين]

و ذكر بعض الأساطين بعد إثبات حق الاختصاص أن دفع شيء من المال لافتكاكه يشك فى دخوله تحت الاكتساب المحظور فيبقى على أصالة الجواز

[اشتراط قصد الانتفاع فى الحيازة الموجبة لحصول حق الاختصاص]

ثم إنه يشترط فى الاختصاص بالحيازة قصد الحائز للانتفاع و لذا ذكروا أنه لو علم كون حيازة الشخص للماء و الكلاء لمجرد العبث لم يحصل له حق و حينئذ فيشكل الأمر فيما تعارف فى بعض البلاد من جمع العذرات حتى إذا صارت من الكثرة بحيث ينتفع بها فى البساتين و الزرع بذل له مال فأخذت منه فإن الظاهر المقطوع أنه لم يحزها للانتفاع بها و إنما حازها لأخذ المال عليها و من المعلوم أن أخذ المال فرع ثبوت الاختصاص المتوقف على قصد الانتفاع المعلوم انتفاؤه فى المقام و كذلك لو سبق إلى مكان من الأمكنة المذكورة من غير قصد الانتفاع منها بالسكنى. نعم لو جمعها فى مكانه المملوك فبذل له المال على أن يتصرف فى ذلك المكان بالدخول لأخذها لكان حسنا. كما أنه لو قلنا بكفاية مجرد الحيازة فى الاختصاص و إن لم يقصد الانتفاع بعينه أو قلنا بجواز المعاوضة على حق الاختصاص كان أسهل

النوع الثانى مما يحرم التكسب به ما يحرم لتحريم ما يقصد به

اشارة

و هو على أقسام

الأول ما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاص إلا الحرام

اشارة

الأول ما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاص إلا الحرام

و هى أمور هياكل العبادة

منها هياكل العبادة المبتدعة

اشارة

الأول ما لا يقصد من وجوده على نحوه الخاص إلا الحرام

و هى أمور هياكل العبادة

[ما يدل على حرمة الاكتساب بهياكل العبادة]

[ما يدل على حرمة الاكتساب بهياكل العبادة]

و يدل عليه مواضع من رواية تحف العقول المتقدمة فى مثل قوله ع: و كل أمر يكون فيه الفساد مما هو منهى عنه و قوله ع: أو شىء يكون فيه وجه من وجوه الفساد و قوله ع: و كل منهى عنه مما يتقرب به لغير الله و قوله ع: إنما حرم الله الصناعة التى حرام هى كلها مما يجىء منها الفساد محضا نظير المزامير و البرابط و كل ملهو به و الصلبان و الأصنام إلى أن قال فحرام تعليمه و تعلمه و العمل به و أخذ الأجرة عليه و جميع التقلب فيه من وجوه الحركات إلى آخر الحديث. هذا كله مضافا إلى أن أكل المال فى مقابل هذه الأشياء أكل له بالباطل و إلى قوله ص: إن الله إذا حرم شيئا حرم ثمنه بناء على أن تحريم هذه الأمور تحريم لمنافعها الغالبة بل الدائمة فإن الصليب من حيث إنه خشب بهذه الهيئة لا ينتفع به إلا فى الحرام و ليس بهذه الهيئة مما ينتفع به فى المحلل و المحرم و لو فرض ذلك

المكاسب، ج ۱، ص ۱۵

كان منفعة نادرة لا يقدح فى تحريم العين بقول مطلق الذى هو المناط فى تحريم الثمن.

[جواز المعاوضة لو فرض هيئة خاصة مشتركة بين هيكل العبادة و آلة أخرى لعمل محلل]

[جواز المعاوضة لو فرض هيئة خاصة مشتركة بين هيكل العبادة و آلة أخرى لعمل محلل]

نعم لو فرض هيئة خاصة مشتركة بين هيكل و آلة أخرى لعمل محلل بحيث لا تعد منفعة نادرة فالأقوى جواز البيع بقصد تلك المنفعة المحللة كما اعترف به فى المسالك.

[توجيه القول بعدم الفرق بين قصد الجهة المحللة و غيرها]

[توجيه القول بعدم الفرق بين قصد الجهة المحللة و غيرها]

فما ذكره بعض الأساطين من أن ظاهر الإجماع و الأخبار أنه لا فرق بين قصد الجهة المحللة و غيرها فلعله محمول على الجهة المحللة التى لا دخل للهيئة فيها أو النادرة التى مما للهيئة دخل فيه. نعم ذكر أيضا وفاقا لظاهر غيره بل الأكثر أنه لا فرق بين قصد المادة و

الهيئة.

[تحقيق حول قصد المادة]

[تحقيق حول قصد المادة]

أقول إن أراد بقصد المادة كونها هى الباعثة على بذل المال بإزاء ذلك الشىء و إن كان عنوان المبيع المبذول بإزائه الثمن هو ذلك الشىء فما استظهره من الإجماع و الأخبار حسن لأن بذل المال بإزاء هذا الجسم المتشكل بالشكل الخاص من حيث كونه مالا عرفا بذل للمال على الباطل. و إن أراد بقصد المادة كون المبيع هى المادة سواء تعلق البيع بها بالخصوص كأن يقول بعتك خشب هذا الصنم أو فى ضمن مجموع مركب لو وزن له وزنه حطب فقال بعتك فظهر فيه صنم أو صليب فالحكم ببطلان البيع فى الأول و فى مقدار الصنم فى الثانى مشكل لمنع شمول الأدلة لمثل هذا الفرد لأن المتيقن من الأدلة المتقدمة حرمة المعاوضة على هذه الأمور نظير المعاوضة على غيرها من الأموال العرفية و هو ملاحظة مطلق ما يتقوم به مالية الشىء من المادة و الهيئة و الأوصاف. و الحاصل أن الملحوظ فى البيع قد يكون مادة الشىء من غير مدخلية الشكل أ لا ترى أنه لو باعه وزنه نحاس فظهر فيها آنية مكسورة لم يكن له خيار العيب لأن المبيع هى المادة و دعوى أن المال هى المادة بشرط عدم الهيئة مدفوعة بما صرح به من أنه لو أتلف الغاصب لهذه الأمور ضمن موادها و حمله على الإتلاف تدريجا تمحل.

[إذا كان لمكسورها قيمة و باعها صحيحة لتكسر]

[إذا كان لمكسورها قيمة و باعها صحيحة لتكسر]

و فى محكى التذكرة أنه إذا كان لمكسورها قيمة و باعها صحيحة لتكسر و كان المشترى ممن يوثق بديانته فإنه يجوز بيعها على الأقوى انتهى و اختار ذلك صاحب الكفاية و صاحب الحدائق و صاحب الرياض نافيا عنه الريب.

[توجيه التقييد فى كلام العلامة]

[توجيه التقييد فى كلام العلامة]

و لعل التقييد فى كلام العلامة بكون المشترى ممن يوثق بديانته لئلا يدخل فى باب المساعدة على المحرم فإن دفع ما يقصد منه المعصية غالبا مع عدم وثوق بالمدفوع إليه تقوية لوجه من وجوه المعاصى فيكون باطلا كما فى رواية تحف العقول لكن فيه مضافا إلى التأمل فى بطلان البيع لمجرد الإعانة على الإثم أنه يمكن الاستغناء عن هذا القيد بكسره قبل أن يقبضه إياه فإن الهيئة غير محترمة فى هذه الأمور كما صرحوا به فى باب الغصب بل قد يقال بوجوب إتلافها فورا و لا يبعد أن يثبت لوجوب حسم مادة الفساد.

[ما أفاده المحقق الثانى فى جامع المقاصد]

[ما أفاده المحقق الثانى فى جامع المقاصد]

و فى جامع المقاصد بعد حكمه بالمنع عن بيع هذه الأشياء و إن أمكن الانتفاع على حالها فى غير محرم منفعة لا تقصد منها قال و لا أثر لكون رضاضها الباقى بعد كسرها مما ينتفع به فى المحلل و يعد مالا ـ لأن بذل المال فى مقابلها و هى على هيئتها بذل له فى المحرم الذى لا يعد مالا عند الشارع. نعم لو باع رضاضها الباقى بعد كسرها قبل أن يكسرها و كان المشترى موثوقا به و أنه يكسرها أمكن القول بصحة البيع و مثله باقى الأمور المحرمة كأوانى النقدين و الصنم انتهى

آلات القمار

و منها آلات القمار بأنواعه

اشارة

و منها آلات القمار بأنواعه
بلا خلاف ظاهرا و يـدل عليه جميع ما تقدم في هياكل العبادة و يقوى هنا أيضا جواز بيع المادة قبل تغيير الهيئة. و في المسالك أنه لو كان لمكسورها قيمة و باعها صـحيحة لتكسـر و كان المشتري ممن يوثق بديانته ففي جواز بيعها وجهان و قوى في التذكرة الجواز مع زوال الصـفة و هو حسن و الأكثر أطلقوا المنع انتهى. أقول إن أراد بزوال الصـفة زوال الهيئـة فلا ينبغي الإشـكال في الجواز و لا ينبغي جعله محلا للخلاف بين العلامة و الأكثر

[بيان المراد بالقمار]

[بيان المراد بالقمار]
ثم إن المراد بالقمار مطلق المراهنـة بعوض فكل ما أعـد لها بحيث لا يقصد منه على ما فيه من الخصوصـيات غيرها حرمت المعاوضـة عليه و أما المراهنة بغير عوض فسيجيء أنه ليس بقمار. نعم لو قلنا بحرمتها لحق الآلة المعدة لها حكم آلات القمار مثل ما يعملونه شبه الكرة- يسمى عندنا الطوبة و الصولجان

و منها آلات اللهو على اختلاف أصنافها

و منها آلات اللهو على اختلاف أصنافها
بلا خلاف لجميع ما تقـدم في المسألـة السابقـة و الكلام في بيع المادة كما تقـدم و حيث إن المراد بآلات اللهو ما أعـد له توقف على تعيين معنى اللهو و حرمـة مطلق اللهو إلا أن المتيقن منه ما كان من جنس المزامير و آلات الأغاني و من جنس الطبول و سـيأتي معنى اللهو و حكمه
أواني الذهب و الفضة

و منها أواني الذهب و الفضة

و منها أواني الذهب و الفضة
إذا قلنا بتحريم اقتنائها و قصد المعاوضة على مجموع الهيئة و المادة لا المادة فقط
الدراهم

و منها الدراهم الخارجة المعمولة لأجل غش الناس

اشارة

و منها الدراهم الخارجة المعمولة لأجل غش الناس
إذا لم يفرض على هيئتها الخاصـة منفعـة محللـة معتـد بها مثل التزيين أو الدفع إلى الظالم الذي يريد مقدارا من المال كالعشار و نحوه بناء على جواز ذلك و عدم وجوب إتلاف مثل هذه الدراهم و لو بكسرها من باب دفع مادة الفساد

[ما يدل على وجوب إتلاف الدراهم المغشوشة]

[ما يدل على وجوب إتلاف الدراهم المغشوشة]
كما يدل عليه قوله ع في رواية الجعفي مشيرا إلى درهم: اكسر هذا فإنه لا يحل بيعه و لا إنفاقه و في رواية موسى بن بكر: قطعه بنصفين ثم قال ألقه في البالوعة حتى لا يباع بشيء فيه غش و تمام الكلام فيه في باب الصرف إن شاء الله

[لو وقعت المعاوضة عليها جهلا فتبين الحال]

[لو وقعت المعاوضة عليها جهلا فتبين الحال]
و لو وقعت المعاوضة عليها جهلا- فتبين الحال لمن صارت إليه فإن وقع عنوان المعاوضة على الدرهم المنصرف إطلاقه إلى المسكوك بسكة السلطان بطل البيع و إن وقعت المعاوضة على شخصه من دون عنوان فالظاهر صحة البيع مع خيار العيب إن كانت المادة مغشوشة و إن كان الغش مجرد تفاوت السكة فهو خيار التدليس فتأمل.

[الفرق بين المعاوضة على الدراهم المغشوشة و آلات القمار]

[الفرق بين المعاوضة على الدراهم المغشوشة و آلات القمار]
و هذا بخلاف ما تقدم من الآلات فإن البيع الواقع عليها لا يمكن تصحيحه بإمضائه من جهة المادة فقط و استرداد ما قابل الهيئة من الثمن المدفوع كما لو جمع بين الخل و الخمر لأن كل جزء من الخل و الخمر مال لا بد أن يقابل في المعاوضة بجزء من المال ففساد المعاملة باعتباره يوجب فساد مقابله من المال لا غير بخلاف المادة و الهيئة فإن الهيئة من قبيل القيد للمادة جزء عقلي لا خارجي تقابل بمال على حدة ففساد المعاملة باعتباره فساد لمعاملة المادة حقيقة و هذا الكلام مطرد في كل قيد فاسد بذل الثمن الخاص لداعي وجوده

القسم الثاني ما يقصد منه المتعاملان المنفعة المحرمة

[الوجوه المتصورة في قصد المنفعة المحرمة]

[الوجوه المتصورة في قصد المنفعة المحرمة]
و هو تارة على وجه يرجع إلى بذل
المكاسب، ج۱، ص ۱۶
المال في مقابل المنفعة المحرمة كالمعاوضة على العنب مع التزامهما أن لا يتصرف فيه إلا بالتخمير و أخرى على وجه يكون الحرام هو الداعي إلى المعاوضة لا غير كالمعاوضة على العنب مع قصدهما تخميره و الأول إما أن يكون الحرام مقصودا لا غير كبيع العنب على أن يعمله خمرا و نحو ذلك و إما أن يكون الحرام مقصودا مع الحلال بحيث يكون بذل المال بإزائهما كبيع الجارية المغنية بثمن لوحظ فيه وقوع بعضه بإزاء صفة التغني.
فهنا مسائل ثلاث

الأولى بيع العنب على أن يعمل خمرا

اشارة

الأولى بيع العنب على أن يعمل خمرا
و الخشب على أن يعمل صنما أو آلة لهو أو قمار و إجارة المساكن ليباع أو يحرز فيها الخمر و كذا إجارة السفن و الحمولة لحملها و لا إشكال فى فساد المعاملة فضلا عن حرمته و لا خلاف فيه و يدل عليه مضافا إلى كونها إعانة على الإثم و إلى أن الإلزام و الالتزام بصرف المبيع فى المنفعة المحرمة الساقطة فى نظر الشارع أكل و إيكال للمال بالباطل

[خبر جابر الدال على حرمة مؤاجرة البيت ليباع فيه الخمر]

[خبر جابر الدال على حرمة مؤاجرة البيت ليباع فيه الخمر]
خبر جابر قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يؤاجر بيته فيباع فيه الخمر قال حرام أجرته فإنه إما مقيد بما إذا استأجره لذلك أو يدل عليه بالفحوى بناء على ما سيجىء من حرمة العقد مع من يعلم أنه يصرف المعقود عليه فى الحرام.

[مصححة ابن أذينة الدالة على الجواز]

[مصححة ابن أذينة الدالة على الجواز]
نعم فى مصححة ابن أذينة قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يؤاجر سفينته أو دابته لمن يحمل فيها أو عليها الخمر و الخنازير قال لا بأس

[الجمع بين الخبرين]

[الجمع بين الخبرين]
لكنها محمولة على ما إذا اتفق الحمل من دون أن يؤخذ ركنا أو شرطا فى العقد بناء على أن خبر جابر نص فيما نحن فيه و ظاهر فى هذا عكس الصحيحة فيطرح ظاهر كل بنص الآخر فتأمل مع أنه لو سلم التعارض كفت العمومات المتقدمة.
و قد يستدل أيضا فيما نحن فيه بالأخبار المسئول فيها عن جواز بيع الخشب ممن يتخذه صلبانا أو صنما مثل مكاتبة ابن أذينة: عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه صلبانا قال لا و رواية عمرو بن الحريث: عن التوت أبيعه ممن يصنع الصليب أو الصنم قال لا و فيه أن حمل تلك الأخبار على صورة اشتراط البائع المسلم على المشترى أو تواطئهما على التزام صرف المبيع فى الصنم و الصليب بعيد فى الغاية. و الفرق بين مؤاجرة البيت لبيع الخمر فيه و بيع الخشب على أن يعمل صليبا أو صنما لا يكاد يخفى فإن بيع الخمر فى مكان و صيرورته دكانا لذلك منفعة عرفية يقع الإجارة عليها من المسلم كثيرا كما يؤجرون البيوت لسائر المحرمات بخلاف جعل العنب خمرا و الخشب صليبا فإنه لا غرض للمسلم فى ذلك غالبا يقصده فى بيع عنبه أو خشبة فلا يحمل عليه موارد السؤال. نعم لو قيل فى المسألة الآتية بحرمة بيع الخشب ممن يعلم أنه يعمله صنما لظاهر هذه الأخبار صح الاستدلال بفحواها على ما نحن فيه لكن ظاهر هذه الأخبار معارض بمثله أو بأصرح منه كما سيجىء.

[حرمة بيع كل ذى منفعة محللة على أن يصرف فى الحرام]

[حرمة بيع كل ذى منفعة محللة على أن يصرف فى الحرام]
ثم إنه يلحق بما ذكر من بيع العنب و الخشب على أن يعملا خمرا أو صليبا بيع كل ذى منفعة محللة على أن يصرف فى الحرام لأن حصر الانتفاع بالبيع فى الحرام يوجب كون أكل الثمن بإزائه أكلا للمال بالباطل. ثم إنه لا فرق بين ذكر الشرط المذكور فى متن

العقد و بين التواطؤ عليه خارج العقد و وقوع العقد عليه و لو كان فرق فإنما هو فى لزوم الشرط و عدمه لا فيما هو مناط الحكم هنا

[الأظهر فساد العقد المشروط فيه الحرام و إن لم نقل بإفساد الشرط الفاسد]

[الأظهر فساد العقد المشروط فيه الحرام و إن لم نقل بإفساد الشرط الفاسد]
و من ذلك يظهر أنه لا يبنى فساد هذا العقد على كون الشرط الفاسد مفسدا بل الأظهر فساده و إن لم نقل بإفساد الشرط الفاسد لما عرفت من رجوعه فى الحقيقة إلى أكل المال فى مقابل المنفعة المحرمة. و قد تقدم الحكم بفساد المعاوضة على آلات المحرم مع كون موادها أموالا مشتملة على منافع محللة مع أن الجزء أقبل للتفكيك بينه و بين الجزء الآخر من الشرط و المشروط و سيجىء أيضا فى المسألة الآتية ما يؤيد هذا أيضا إن شاء الله.

المسألة الثانية يحرم المعاوضة على الجارية المغنية

اشارة

المسألة الثانية يحرم المعاوضة على الجارية المغنية
و كل عين مشتملة على صفة يقصد منها الحرام إذا قصد منها ذلك و قصد اعتبارها فى البيع على وجه يكون دخيلا فى زيادة الثمن كالعبد الماهر فى القمار أو اللهو و السرقة إذا لوحظ فيه هذه الصفة و بذل بإزائها شىء من الثمن لا ما كان على وجه الداعى و يدل عليه أن بذل شىء من الثمن بملاحظة الصفة المحرمة أكل للمال بالباطل.

[التفكيك بين القيد و المقيد غير معروف عرفا و غير واقع شرعا]

[التفكيك بين القيد و المقيد غير معروف عرفا و غير واقع شرعا]
و التفكيك بين القيد و المقيد بصحة العقد فى المقيد و بطلانه فى القيد بما قابله من الثمن غير معروف عرفا لأن القيد أمر معنوى لا يوزع عليه شىء من المال و إن كان يبذل المال بملاحظة وجوده و غير واقع شرعا على ما اشتهر من أن الثمن لا يوزع على الشروط فتعين بطلان العقد رأسا. و قد ورد النص بأن ثمن الجارية المغنية سحت و أنه قد يكون للرجل الجارية تلهيه و ما ثمنها إلا كثمن الكلب. نعم لو لم تلاحظ الصفة أصلا فى كمية الثمن فلا إشكال فى الصحة

[بيع الجارية المغنية مع ملاحظة الصفة المحرمة و عدمها]

[بيع الجارية المغنية مع ملاحظة الصفة المحرمة و عدمها]
و لو لوحظت من حيث إنه صفة كمال قد تصرف إلى المحلل فيزيد لأجلها الثمن فإن كانت المنفعة المحللة لتلك الصفة مما يعتد بها فلا إشكال فى الجواز و إن كانت نادرة بالنسبة إلى المنفعة المحرمة ففى إلحاقها بالعين فى عدم جواز بذل المال إلا لما اشتمل على منفعة محللة غير نادرة بالنسبة إلى المنفعة المحرمة و عدمه لأن المقابل بالمبذول هو الموصوف و لا ضير فى زيادة ثمنه بملاحظة المنفعة النادرة وجهان أقواهما الثانى إذ لا يعد أكلا للمال بالباطل و النص بأن ثمن المغنية سحت مبنى على الغالب

المسألة الثالثة يحرم بيع العنب ممن يعمله خمرا بقصد أن يعمله

اشارة

المسألة الثالثة يحرم بيع العنب ممن يعمله خمرا بقصد أن يعمله

و كذا بيع الخشب بقصد أن يعمله صنما أو صليبا لأن فيه إعانة على الإثم و العدوان و لا إشكال و لا خلاف في ذلك

[الأخبار المجوزة للبيع مع عدم القصد]

[الأخبار المجوزة للبيع مع عدم القصد]

أما لو لم يقصد ذلك فالأكثر على عدم التحريم للأخبار المستفيضة منها خبر ابن أذينة قال: كتبت إلى أبي عبد الله ع أسأله عن رجل له كرم [أ] يبيع العنب [و التمر] ممن يعلم أنه يجعله خمرا أو مسكرا فقال ع إنما باعه حلالا في الإبان الذي يحل شربه أو أكله فلا بأس ببيعه و رواية أبي كهمس قال: سأل رجل أبا عبد الله ع إلى أن قال هو ذا نحن نبيع تمرنا ممن نعلم أنه يصنعه خمرا إلى غير ذلك مما هو دونهما في الظهور

[الأخبار المانعة]

[الأخبار المانعة]

و قد تعارض تلك بمكاتبة ابن أذينة: عن رجل له خشب فباعه ممن يتخذه صلبانا قال لا و رواية عمرو بن حريث: عن التوت أبيعه ممن يصنع الصليب أو الصنم قال لا

[الجمع بين الأخبار]

[الجمع بين الأخبار]

و قد يجمع بينهما و بين الأخبار المجوزة بحمل المانعة على صورة اشتراط جعل الخشب صليبا أو صنما أو تواطئهما عليه و فيه أن هذا في غاية البعد إذ لا داعي للمسلم على اشتراط صناعة الخشب صنما في متن بيعه أو خارجه ثم يجيء و يسأل الإمام ع عن جواز فعل هذا في المستقبل و حرمته و هل يحتمل أن يريد

المكاسب، ج ۱، ص ۱۷

الراوي بقوله أبيع التوت ممن يصنع الصنم و الصليب أبيعه مشترطا عليه و ملزما في متن العقد أو قبله أن لا يتصرف فيه إلا بجعله صنما.

فالأولى حمل الأخبار المانعة على الكراهة

فالأولى حمل الأخبار المانعة على الكراهة

لشهادة غير واحد من الأخبار على الكراهة كما أفتى به جماعة و يشهد له رواية الحلبي: عن بيع العصير ممن يصنعه خمرا فقال بيعه ممن يصنعه خلا أحب إلي و لا أرى به بأسا و غيرها أو الالتزام بالحرمة في بيع الخشب ممن يعمله صليبا أو صنما لظاهر تلك الأخبار و العمل في مسألة بيع العنب و شبهها على الأخبار المجوزة و هذا الجمع قول فصل لو لم يكن قولا بالفصل

[الاستدلال على الحرمة بعموم النهي عن التعاون على الإثم]

[الاستدلال على الحرمة بعموم النهي عن التعاون على الإثم]

و كيف كان فقد يستدل على حرمة البيع- ممن يعلم أنه يصرف المبيع في الحرام بعموم النهي على التعاون على الإثم و العدوان

[اعتبار القصد فی مفهوم الإعانة]

[اعتبار القصد فی مفهوم الإعانة]
و قد یستشکل فی صدق الإعانة بل یمنع حیث لم یقع القصد إلی وقوع الفعل من المعان بناء علی أن الإعانة هو فعل بعض مقدمات فعل الغیر بقصد حصوله منه لا مطلقا و أول من أشار إلی هذا المحقق الثانی فی حاشیة الإرشاد فی هذه المسألة حیث إنه بعد حکایة القول بالمنع مستندا إلی الأخبار المانع قال و یؤیده قوله تعالی وَ لا تَعاوَنُوا عَلَی الْإِثْمِ و یشکل بلزوم عدم جواز بیع شیء مما یعلم عادة التوصل به إلی محرم لو تم هذا الاستدلال فیمنع معاملة أکثر الناس. و الجواب عن الآیة المنع من کون محل النزاع معاونة مع أن الأصل الإباحة و إنما یظهر المعاونة مع بیعه لذلک انتهی. و وافقه فی اعتبار القصد فی مفهوم الإعانة جماعة من متأخری المتأخرین کصاحب الکفایة و غیره هذا.

[زیادة بعض المعاصرین اعتبار وقوع المعان علیه فی الخارج]

[زیادة بعض المعاصرین اعتبار وقوع المعان علیه فی الخارج]
و ربما زاد بعض المعاصرین علی اعتبار القصد اعتبار وقوع المعان علیه فی تحقق مفهوم الإعانة فی الخارج و تخیل أنه لو فعل فعلا بقصد تحقق الإثم الفلانی من الغیر و لم یتحقق منه لم یحرم من جهة صدق الإعانة بل من جهة قصدها بناء علی ما حرره من حرمة الاشتغال بمقدمات الحرام بقصد تحققه و أنه لو تحقق الفعل کان حراما من جهة القصد إلی المحرم و من جهة الإعانة و فیه تأمل فإن حقیقة الإعانة علی الشیء هو الفعل بقصد حصول الشیء سواء حصل أم لا. و من اشتغل ببعض مقدمات الحرام الصادر عن الغیر بقصد التوصل إلیه فهو داخل فی الإعانة علی الإثم و لو تحقق الحرام لم یتعدد العقاب

[ظهور کلام الأکثر فی عدم اعتبار القصد]

[ظهور کلام الأکثر فی عدم اعتبار القصد]
و ما أبعد ما بین ما ذکره المعاصر و بین ما یظهر من الأکثر من عدم اعتبار القصد فعن المبسوط الاستدلال علی وجوب بذل الطعام لمن یخاف تلفه بقوله ص:
من أعان علی قتل مسلم و لو بشطر کلمة جاء یوم القیامة مکتوبا بین عینیه آیس من رحمة الله و قد استدل فی التذکرة علی حرمة بیع السلاح من أعداء الدین بأن فیه إعانة علی الظلم و استدل المحقق الثانی علی حرمة بیع العصیر المتنجس ممن یستحله بأن فیه إعانة علی الإثم و قد استدل المحقق الأردبیلی علی ما حکی عنه من القول بالحرمة فی مسألتنا بأن فیه إعانة علی الإثم و قد قرره علی ذلک فی الحدائق فقال إنه جید فی حد ذاته لو سلم من المعارضة بأخبار الجواز و فی الریاض بعد ذکر الأخبار السابقة الدالة علی الجواز قال و هذه النصوص و إن کثرت و اشتهرت و ظهرت دلالتها بل ربما کان بعضها صریحا لکن فی مقابلتها للأصول و النصوص المعتضدة بالعقول إشکال انتهی. و الظاهر أن مراده بالأصول قاعدة حرمة الإعانة علی الإثم و من العقول حکم العقل بوجوب التوصل إلی دفع المنکر مهما أمکن

[إطلاق الإعانة فی غیر واحد من الأخبار علی المجرد عن القصد]

[إطلاق الإعانة فی غیر واحد من الأخبار علی المجرد عن القصد]
و یؤید ما ذکروه من صدق الإعانة بدون القصد إطلاقها فی غیر واحد من الأخبار. ففی النبوی المروی فی الکافی عن أبی عبد الله ع: من أکل الطین فمات فقد أعان علی نفسه و فی العلوی الوارد فی الطین المروی أیضا فی الکافی عن أبی عبد الله ع: فإن أکلته و مت

فقـد أعنت علی نفسک و یـدل علیه غیر واحـد مما ورد فی أعوان الظلمهٔ و سیأتی. و حکی أنه سـئل بعض الأکابر فقیل له إنی رجل خیـاط أخیـط للسـلطان ثیابه فهل ترانی بـذلک فی أعوان الظلمـهٔ فقال له المعین لهم من یبیعک الإبر و الخیوط و أما أنت فمن الظلمهٔ أنفسهم.

[ما أفاده المحقق الأردبیلی حول صدق مفهوم الإعانهٔ]

[ما أفاده المحقق الأردبیلی حول صدق مفهوم الإعانهٔ]
و قال المحقق الأردبیلی فی آیات أحکامه فی الکلام علی الآیهٔ الظاهر أن المراد بالإعانهٔ علی المعاصی مع القصد أو علی الوجه الذی یصدق أنها إعانهٔ مثل أن یطلب الظالم العصا من شخص لضرب مظلوم فیعطیه إیاها أو یطلب القلم لکتابهٔ ظلم فیعطیه إیاه و نحو ذلک مما یعـد معونهٔ عرفا فلا تصدق علی التاجر الذی یتجر لتحصـیل غرضه أنه معاون للظالم العاشـر فی أخذ العشور و لا علی الحاج الذی یؤخـذ منه المال ظلما و غیر ذلک مما لا یحصـی فلا یعلم صـدقها علی بیع العنب ممن یعمله خمرا أو الخشب ممن یعمله صـنما و لذا ورد فی الروایـات الصـحیحهٔ جوازه و علیه الأـکثر و نحو ذلـک ممـا لاـ یخفی انتهی کلامه رفع مقامه. و لقـد دقق النظر حیث لم یعلق صدق الإعانهٔ علی القصد و لا أطلق القول بصدقه بدونه بل علقه بالقصد أو بالصدق العرفی و إن لم یکن قصد

[تفصیل الکلام فی تحقیق المرام]

[تفصیل الکلام فی تحقیق المرام]
لکن أقول لا شک فی أنه إذا لم یکن مقصود الفاعل من الفعل وصول الغیر إلی مقصـده و لا إلی مقدمـهٔ من مقـدماته بل یترتب علیه الوصول من دون قصـد الفاعل فلا یسـمی إعانـهٔ کما فی تجارهٔ التاجر بالنسـبهٔ إلی أخـذ العشور و مسیر الحاج بالنسـبهٔ إلی أخذ المال ظلما و کذلک لا إشـکال فیما إذا قصد الفاعل بفعله و دعاه إلیه وصول الغیر إلی مطلبه الخاص فإنه یقال إنه إعانهٔ علی ذلک المطلب فـإن کان عـدوانا مع علم المعین به صـدق الإعانـهٔ علی العـدوان. و إنما الإشـکال فیما إذا قصـد الفاعل بفعله وصول الغیر إلی مقـدمهٔ مشترکـهٔ بین المعصـیهٔ و غیرهـا مع العلم بصـرف الغیر إیاهـا إلی المعصـیهٔ کمـا إذا باعه العنب فإن مقصود البائع تملک المشتری له و انتفاعه به فهی إعانهٔ له بالنسـبهٔ إلی أصل تملک العنب و لذا لو فرض ورود النهی عن معاونهٔ هذا المشتری الخاص فی جمیع أموره أو فی خصوص تملـک العنب حرم بیع العنب علیه مطلقـا فمسألـهٔ بیع العنب ممن یعلم أنه یجعله خمرا نظیر إعطاء السـیف أو العصا لمن یریـد قتلاـ أو ضـربا حیث إن الغرض من الإعطـاء هو ثبوته بیـده و التمکن منه کما أن الغرض من بیع العنب تملکه له فکل من البیع و الإعطاء بالنسـبهٔ إلی أصـل تملـک الشـخص و اسـتقراره فی یـده إعانـهٔ إلا أن الإشـکال فی أن العلم بصـرف ما حصل بإعانـهٔ البائع و المعطی فی الحرام هل یوجب صدق الإعانهٔ علی الحرام أم لا.

[هل الإعانهٔ علی شرط الحرام إعانهٔ علی الحرام]

[هل الإعانهٔ علی شرط الحرام إعانهٔ علی الحرام]
فحاصل محل الکلام هو أن الإعانهٔ علی شرط الحرام مع العلم بصرفه فی الحرام هل هی إعانهٔ علی الحرام أم لا. فظهر الفرق بین بیع المکاسب، ج۱، ص ۱۸
العنب و بین تجـارهٔ التـاجر و مسـیر الحـاج و أن الفرق بین إعطاء السوط للظالم و بین بیع العنب لا وجه له و أن إعطاء السوط إذا کان إعانـهٔ کمـا اعترف به فیمـا تقـدم من آیـات الأـحکام کان بیع العنب کـذلک کما اعترف به فی شـرح الإرشاد فإذا بنینا علی أن شـرط الحرام حرام مـع فعله توصـلا إلی الحرام- کمـا جزم به بعض دخـل مـا نحن فیه فی الإعانـهٔ علی المحرم فیکـون بیع العنب إعانـهٔ علی

تملك العنب المحرم مع قصد التوصل به إلى التخمير و إن لم يكن إعانة على نفس التخمير أو على شرب الخمر.
و إن شئت قلت إن شراء العنب للتخمير حرام كغرس العنب لأجل ذلك فالبائع إنما يعين على الشراء المحرم.

[بيع الطعام على من يرتكب المعاصى]

[بيع الطعام على من يرتكب المعاصى]
نعم لو لم يعلم أن الشراء لأجل التخمير لم يحرم و إن علم أنه سيخمر العنب بإرادة جديدة منه و كذا الكلام فى بائع الطعام على من يرتكب المعاصى فإنه لو علم إرادته من الطعام المبيع التقوى به عند التملك على المعصية حرم البيع منه. و أما العلم بأنه يحصل من هذا الطعام قوة على المعصية يتوصل بها إليها فلا يوجب التحريم هذا و لكن الحكم بحرمة الإتيان بشرط الحرام توصلا إليه قد يمنع إلا من حيث صدق التجرى و البيع ليس إعانة عليه و إن كان إعانة على الشراء إلا أنه فى نفسه ليس تجريا فإن التجرى يحصل بالفعل المتلبس بالقصد و توهم أن الفعل مقدمة له فيحرم الإعانة مدفوع بأنه لم يوجد قصد إلى التجرى حتى يحرم و إلا لزم التسلسل فافهم. نعم لو ورد النهى بالخصوص عن بعض شروط الحرام كالغرس للخمر دخل الإعانة عليه فى الإعانة على الإثم كما أنه لو استدللنا بفحوى ما دل على لعن الغارس على حرمة التملك للتخمير حرم الإعانة عليه أيضا بالبيع.

[بيان المتحصل مما ذكر]

[بيان المتحصل مما ذكر]
فتحصل مما ذكرناه- أن قصد الغير لفعل الحرام معتبر قطعا فى حرمة فعل المعين و أن محل الكلام هى الإعانة على شرط الحرام بقصد تحقق الشرط دون المشروط و أنها هل تعد إعانة على المشروط فتحرم أم لا فلا تحرم ما لم تثبت حرمة الشرط من غير جهة التجرى و أن مجرد بيع العنب ممن يعلم أنه سيجعله خمرا من دون العلم بقصده ذلك من الشراء ليس محرما أصلا لا من جهة الشرط و لا من جهة المشروط و من ذلك يعلم ما فيما تقدم عن حاشية الإرشاد من أنه لو كان بيع العنب ممن يعمله خمرا إعانة لزم المنع عن معاملة أكثر الناس.

ثم إن محل الكلام فيما يعد شرطا للمعصية الصادرة عن الغير

ثم إن محل الكلام فيما يعد شرطا للمعصية الصادرة عن الغير
فما تقدم من المبسوط من حرمة ترك بذل الطعام لخائف التلف مستندا إلى قوله ص من أعان على قتل مسلم إلى آخر الحديث محل تأمل إلا أن يريد الفحوى و لذا استدل فى المختلف بعد حكاية ذلك عن الشيخ بوجوب حفظ النفس مع القدرة و عدم الضرر.

ثم إنه يمكن التفصيل فى شروط الحرام المعان عليها

ثم إنه يمكن التفصيل فى شروط الحرام المعان عليها
بين ما ينحصر فائدته و منفعته عرفا فى المشروط المحرم كحصول العصا فى يد الظالم المستعير لها من غيره لضرب أحد فإن ملكه للانتفاع بها فى هذا الزمان تنحصر فائدته عرفا فى الضرب و كذا من استعار كأسا ليشرب الخمر فيه و بين ما لم يكن كذلك كتمليك الخمار للعنب فإن منفعة التمليك و فائدته غير منحصرة عرفا فى الخمر حتى عند الخمار فيعد الأول عرفا إعانة على المشروط المحرم بخلاف الثانى. و لعل من جعل بيع السلاح من أعداء الدين حال قيام الحرب من المساعدة على المحرم و جوز بيع العنب ممن يعمله خمرا كالفاضلين فى الشرائع و التذكرة و غيرهما نظر إلى ذلك و كذلك المحقق الثانى حيث منع من بيع العصير المتنجس على

مستحله مستندا إلى كونه من الإعانة على الإثم و منع من كون بيع العنب ممن يعلم أنه يجعله خمرا من الإعانة فإن تملك المستحل للعصير منحصر فائدته عرفا عنده فى الانتفاع به حال النجاسة بخلاف تملك العنب و كيف كان فلو ثبت تميز موارد الإعانة من العرف فهو و إلا فالظاهر مدخلية قصد المعين.

[الاستدلال على الحرمة فى المسألة بوجوب دفع المنكر]

[الاستدلال على الحرمة فى المسألة بوجوب دفع المنكر]
نعم يمكن الاستدلال على حرمة بيع الشيء ممن يعلم أنه يصرف المبيع فى الحرام بأن دفع المنكر كرفعه واجب و لا يتم إلا بترك البيع فيجب و إليه أشار المحقق الأردبيلى رحمه الله حيث استدل على حرمة بيع العنب فى المسألة بعد عموم النهى عن الإعانة بأدلة النهى عن المنكر.

[ما يشهد لهذا الاستدلال]

[ما يشهد لهذا الاستدلال]
و يشهد بهذا ما ورد من أنه: لو لا أن بنى أمية وجدوا من يجبى لهم الصدقات و يشهد جماعتهم ما سلبوا حقنا دل على مذمة الناس فى فعل ما لو تركوه لم يتحقق المعصية من بنى أمية فدل على ثبوت الذم لكل ما لو ترك لم يتحقق المعصية من الغير و هذا و إن دل بظاهره على حرمة بيع العنب و لو ممن يعلم أنه سيجعله خمرا مع عدم قصد ذلك حين الشراء إلا أنه لم يقم دليل على وجوب تعجيز من يعلم أنه سيهم بالمعصية و إنما الثابت من النقل و العقل القاضى بوجوب اللطف وجوب ردع من هم بها و أشرف عليها بحيث لو لا الردع لفعلها أو استمر عليها

[توقف هذا الاستدلال على علم البائع بعدم حصول المعصية لو لم يبعه]

[توقف هذا الاستدلال على علم البائع بعدم حصول المعصية لو لم يبعه]
ثم إن الاستدلال المذكور إنما يحسن مع علم البائع بأنه لو لم يبعه لم تحصل المعصية لأنه حينئذ قادر على الردع أما لو لم يعلم ذلك أو علم بأنه يحصل منه المعصية بفعل الغير فلا يتحقق الارتداع بترك البيع كمن يعلم عدم الانتهاء بنهيه عن المنكر و توهم أن البيع حرام على كل أحد فلا يسوغ لهذا الشخص فعله معتذرا بأنه لو تركه لفعله غيره مدفوع بأن ذلك فيما كان محرما على كل واحد على سبيل الاستقلال فلا- يجوز لواحد منهم الاعتذار بأن هذا الفعل واقع لا محالة و لو من غيرى فلا ينفع تركى له. أما إذا وجب على جماعة شيء واحد كحمل ثقيل مثلا بحيث يراد منهم الاجتماع عليه فإذا علم واحد من حال الباقى عدم القيام به و الاتفاق معه فى إيجاد الفعل كان قيامه بنفسه بذلك الفعل لغوا فلا يجب و ما نحن فيه من هذا القبيل فإن عدم تحقق المعصية من مشترى العنب موقوف على تحقق ترك البيع من كل بائع فترك المجموع للبيع سبب واحد لترك المعصية كما أن بيع واحد منهم على البدل شرط لتحققها فإذا علم واحد منهم عدم اجتماع الباقى معه فى تحصيل السبب و المفروض أن قيامه منفردا لغو سقط وجوبه.

[توجيه الخبر الدال على ذم أتباع بنى أمية]

[توجيه الخبر الدال على ذم أتباع بنى أمية]
و أما ما تقدم من الخبر فى اتباع بنى أمية فالذم فيه إنما هو على إعانتهم بالأمور المذكورة فى الرواية و سيأتى تحريم كون الرجل من أعوان الظلمة حتى فى المباحات التى لا دخل لها برئاستهم فضلا عن مثل جباية الصدقات و حضور الجماعات و شبهها مما هو من

أعظم المحرمات.

[المتلخص مما ذكر]

[المتلخص مما ذكر]
و قد تلخص مما ذكرنا أن فعل ما هو من قبيل الشرط لتحقق المعصية من الغير من دون قصد توصل الغير به إلى المعصية غير محرم لعدم كونه فی العرف إعانة مطلقا أو علی التفصيل الذی احتملناه أخيرا و أما
المكاسب، ج ۱، ص ۱۹
ترك هذا الفعل فإن كان سببا يعنی علة تامة لعدم المعصية من الغير كما إذا انحصر العنب عنده وجب لوجوب الردع عن المعصية عقلا و نقلا و أما لو لم يكن سببا بل كان السبب تركه منضما إلى ترك غيره فإن علم أو ظن أو احتمل قيام الغير بالترك وجب قيامه به أيضا و إن علم أو ظن عدم قيام الغير سقط عنه وجوب الترك لأن تركه بنفسه ليس برادع حتی يجب. نعم هو جزء للرادع المركب من مجموع تروك أرباب العنب لكن يسقط وجوب الجزء إذا علم بعدم تحقق الكل فی الخارج

[الوجوه المتصورة فی فعل ما هو شرط للحرام الصادر من الغير]

[الوجوه المتصورة فی فعل ما هو شرط للحرام الصادر من الغير]
فعلم مما ذكرناه فی هذا المقام أن فعل ما هو شرط للحرام الصادر من الغير يقع علی وجوه أحدها أن يقع من الفاعل قصدا منه لتوصل الغير به إلى الحرام و هذا لا إشكال فی حرمته لكونه إعانة. الثانی أن يقع منه من دون قصد لحصول الحرام و لا لحصول ما هو مقدمة له مثل تجارة التاجر بالنسبة إلى معصية العاشر فإنه لم يقصد بها تسلط العاشر عليه الذی هو شرط لأخذ العشر و هذا لا إشكال فی عدم حرمته. الثالث أن يقع منه بقصد حصول ما هو من مقدمات حصول الحرام عن الغير لا لحصول نفس الحرام منه و هذا قد يكون من دون قصد الغير التوصل بذلك الشرط إلى الحرام كبيع العنب من الخمار المقصود منه تملكه للعنب الذی هو شرط لتخميره لا نفس التخمير مع عدم قصد الغير أيضا التخمير حال الشراء و هذا أيضا لا إشكال فی عدم حرمته و قد يكون مع قصد الغير التوصل به إلى الحرام أعنی التخمير حال شراء العنب و هذا أيضا علی وجهين أحدهما أن يكون ترك هذا الفعل من الفاعل علة تامة لعدم تحقق الحرام من الغير و الأقوی هنا وجوب الترك و حرمة الفعل. و الثانی أن لا يكون كذلك بل يعلم عادة أو يظن بحصول الحرام من الغير من غير تأثير لترك ذلك الفعل و الظاهر عدم وجوب الترك حينئذ بناء علی ما ذكرنا من اعتبار قصد الحرام فی صدق الإعانة عليه مطلقا أو علی ما احتملناه من التفصيل.

[الظاهر عدم فساد البيع فی كل مورد حكم فيه بالحرمة لأجل الإعانة علی الإثم]

[الظاهر عدم فساد البيع فی كل مورد حكم فيه بالحرمة لأجل الإعانة علی الإثم]
ثم كل مورد حكم فيه بحرمة البيع من هذه الموارد الخمسة فالظاهر عدم فساد البيع لتعلق النهی بما هو خارج عن المعاملة- أعنی الإعانة علی الإثم أو المسامحة فی الردع عنه. و يحتمل الفساد لإشعار قوله ع فی رواية تحف العقول المتقدمة بعد قوله: و كل بيع ملهو به و كل منهی عنه مما يتقرب به لغير الله أو يقوی به الكفر و الشرك فی جميع وجوه المعاصی أو باب يوهن به الحق فهو حرام محرم بيعه و شراؤه و إمساكه إلخ [إلى آخر حديث تحف العقول] بناء علی أن التحريم مسوق لبيان الفساد فی تلك الرواية كما لا يخفی لكن فی الدلالة تأمل و لو تمت لثبت الفساد مع قصد المشتری خاصة للحرام لأن الفساد لا يتبعض

القسم الثالث ما یحرم لتحریم ما یقصد منه شأنا

اشارة

القسم الثالث ما یحرم لتحریم ما یقصد منه شأنا
بمعنی أن من شأنه أن یقصد منه الحرام و تحریم هذا مقصور علی النص إذ لا یدخل ذلک تحت الإعانة خصوصا مع عدم العلم بصرف الغیر له فی الحرام

[حرمة بیع السلاح من أعداء الدین]

اشارة

[حرمة بیع السلاح من أعداء الدین]
کبیع السلاح من أعداء الدین مع عدم قصد تقویهم بل و عدم العلم باستعمالهم لهذا المبیع الخاص فی حرب المسلمین إلا أن المعروف بین الأصحاب حرمته بل لا خلاف فیها

[الأخبار الدالة علی الحرمة]

[الأخبار الدالة علی الحرمة]
و الأخبار بها مستفیضة منها روایة الحضرمی قال: دخلنا علی أبی عبد الله ع فقال له حکم السراج ما تری فیمن یحمل إلی الشام من السروج و أداتها قال لا بأس أنتم الیوم بمنزلة أصحاب رسول الله ص أنتم فی هدنة فإذا کانت المباینة حرم علیکم أن تحملوا إلیهم السلاح و السروج و منها روایة هند السراج قال: قلت لأبی جعفر ع أصلحک الله إنی کنت أحمل السلاح إلی أهل الشام فأبیعه منهم فلما عرفنی الله هذا الأمر ضقت بذلک و قلت لا أحمل إلی أعداء الله فقال لی احمل إلیهم و بعهم فإن الله یدفع بهم عدونا و عدوکم یعنی الروم فإذا کانت الحرب بیننا فلا تحملوا فمن حمل إلی عدونا سلاحا یستعینون به علینا فهو مشرک

[اختصاص الحرمة فی الأخبار بصورة قیام الحرب]

[اختصاص الحرمة فی الأخبار بصورة قیام الحرب]
و صریح الروایتین اختصاص الحکم بصورة قیام الحرب بینهم و بین المسلمین بمعنی وجود المباینة فی مقابل الهدنة و بهما تقید المطلقات جوازا أو منعا مع إمکان دعوی ظهور بعضها فی ذلک- مثل مکاتبة صیقل: أشتری السیوف و أبیعها من السلطان أ جائز لی بیعها فکتب لا بأس به و روایة علی بن جعفر عن أخیه ع قال: سألته عن حمل المسلمین إلی المشرکین التجارة قال إذا لم یحملوا سلاحا فلا بأس و مثله: ما فی وصیة النبی ص لعلی ع یا علی کفر بالله العظیم من هذه الأمة عشرة أصناف و عد منها بائع السلاح من أهل الحرب.

[نقد ما عن حواشی الشهید]

[نقد ما عن حواشی الشهید]
فما عن حواشی الشهید من أن المنقول أن بیع السلاح حرام مطلقا فی حال الحرب و الصلح و الهدنة لأن فیه تقویة الکافر علی المسلم

فلا يجوز على كل حال شبه الاجتهاد فى مقابل النص- مع ضعف دليله كما لا يخفى.

[شمول الحكم لما إذا لم يقصد البائع المعونة]

[شمول الحكم لما إذا لم يقصد البائع المعونة]

ثم إن ظاهر الروايات شمول الحكم لما إذا لم يقصد البائع المعونة و المساعدة أصلا بل صريح مورد السؤال فى روايتى الحكم و الهند هى صورة عدم قصد ذلك فالقول باختصاص البيع بصورة قصد المساعدة كما يظهر من بعض العبائر ضعيف جدا. و كذلك ظاهرها الشمول لما إذا لم يعلم باستعمال أهل الحرب للمبيع فى الحرب بل يكفى مظنة ذلك بحسب غلبة ذلك مع قيام الحرب بحيث يصدق حصول التقوى لهم بالبيع

[جواز بيع ما يكن]

[جواز بيع ما يكن]

و حينئذ فالحكم مخالف للأصول صير إليه للأخبار المذكورة و عموم رواية تحف العقول المتقدمة فيقتصر فيه على مورد الدليل و هو السلاح دون ما لا يصدق عليه ذلك كالمجن و الدرع و المغفر و سائر ما يكن وفاقا للنهاية و ظاهر السرائر و أكثر كتب العلامة و الشهيدين و المحقق الثانى للأصل. و ما استدل به فى التذكرة من رواية محمد بن قيس قال: سألت أبا عبد الله ع عن الفئتين من أهل الباطل تلتقيان أبيعهما السلاح قال بعهما ما يكنهما الدرع و الخفين و نحو هذا

[المناقشة فى الجواز]

[المناقشة فى الجواز]

و لكن يمكن أن يقال إن ظاهر رواية تحف العقول إناطة الحكم على تقوى الكفر و وهن الحق. و ظاهر قوله ع فى رواية هند من حمل إلى عدونا سلاحا يستعينون به علينا أن الحكم منوط بالاستعانة و الكل موجود فيما يكن أيضا كما لا يخفى مضافا إلى فحوى رواية الحكم المانعة عن بيع السروج و حملها على السيوف السريجية لا يناسبه صدر الرواية مع كون الراوى سراجا.

[رد دلالة رواية محمد بن قيس على الجواز]

[رد دلالة رواية محمد بن قيس على الجواز]

و أما رواية محمد بن قيس فلا دلالة لها على المطلوب لأن مدلولها بمقتضى أن التفصيل قاطع للشركة الجواز فيما يكن و التحريم فى غيره مع كون الفئتين من أهل الباطل فلا بد من حملها على فريقين محقونى الدماء إذ لو كان كلاهما أو أحدهما مهدور الدم لم يكن وجه للمنع من بيع السلاح على صاحبه. فالمقصود من بيع ما يكن منهما- تحفظ كل منهما عن صاحبه

و تترسه بما يكن و هذا غير مقصود فيما نحن فيه بل تحفظ أعداء الدين عن بأس المسلمين خلاف مقصود الشارع فالتعدى عن مورد الرواية إلى ما نحن فيه يشبه القياس مع الفارق. و لعله لما ذكر قيد الشهيد فيما حكى عن حواشيه على القواعد إطلاق العلامة جواز بيع ما يكن بصورة الهدنة و عدم قيام الحرب

[هل يتعدى الحكم إلى غير أعداء الدين]

اشارة

[هل يتعدى الحكم إلى غير أعداء الدين]

ثم إن مقتضى الاقتصار على مورد النص عدم التعدى إلى غير أعداء الدين كقطاع الطريق

[شمول رواية تحف العقول قطاع الطريق أيضا]

[شمول رواية تحف العقول قطاع الطريق أيضا]

إلا أن المستفاد من رواية تحف العقول إناطة الحكم بتقوى الباطل و وهن الحق فلعله يشمل ذلك و فيه تأمل. ثم إن النهى فى هذه الأخبار لا يدل على الفساد فلا مستند له سوى ظاهر خبر تحف العقول الواردة فى بيان المكاسب الصحيحة و الفاسدة و الله العالم

النوع الثالث مما يحرم الاكتساب به ما لا منفعة فيه محللة معتدا بها

اشارة

النوع الثالث مما يحرم الاكتساب به ما لا منفعة فيه محللة معتدا بها

عند العقلاء

[التحريم هنا وضعى]

[التحريم هنا وضعى]

و التحريم فى هذا القسم ليس إلا من حيث فساد المعاملة و عدم تملك الثمن و ليس كالاكتساب بالخمر و الخنزير.

و الدليل على الفساد

و الدليل على الفساد

فى هذا القسم على ما صرح به فى الإيضاح كون أكل المال بإزائه أكلا بالباطل و فيه تأمل لأن منافع كثيرة من الأشياء التى ذكروها فى المقام يقابل عرفا بمال و لو قليلا بحيث لا يكون بذل مقدار قليل من المال بإزائه سفها

[استفادة عدم اعتناء الشارع بالمنافع النادرة من كلمات العلماء]

[استفادة عدم اعتناء الشارع بالمنافع النادرة من كلمات العلماء]

فالعمدة ما يستفاد من الفتاوى و النصوص من عدم اعتبار الشارع المنافع النادرة و كونها فى نظره كالمعدومة. قال فى المبسوط إن الحيوان الطاهر على ضربين ضرب ينتفع به و الآخر لا ينتفع به إلى أن قال و إن كان مما لا ينتفع به فلا يجوز بيعه بلا خلاف مثل الأسد و الذئب و سائر الحشرات مثل الحيات و العقارب و الفأر و الخنافس و الجعلان و الحداءة و الرخمة و النسر و بغاث الطير و

کذلک الغربان انتهی و ظاهر الغنیة الإجماع علی ذلک أیضا. و یشعر به عبارة التذکرة حیث استدل علی ذلک بخسة تلک الأشیاء و عدم نظر الشارع إلی مثلها فی التقویم و لا یثبت ید لأحد علیها قال و لا اعتبار بما ورد فی الخواص من منافعها لأنها لا تعد مع ذلک مالا ـ و کذا عند الشافعی انتهی و ظاهره اتفاقنا علیه. و ما ذکره من عدم جواز بیع ما لا یعد مالا مما لا إشکال فیه و إنما الکلام فما عدوه من هذا.

[تحسین ما قاله فی محکی إیضاح النافع]

[تحسین ما قاله فی محکی إیضاح النافع]
قال فی محکی إیضاح النافع و نعم ما قال جرت عادة الأصحاب بعنوان هذا الباب و ذکر أشیاء معینة علی سبیل المثال فإن کان ذلک لأن عدم النفع مفروض فیها فلا نزاع و إن کان لأن ما مثل به لا یصح بیعه لأنه محکوم بعدم الانتفاع فالمنع متوجه فی أشیاء کثیرة انتهی. و بالجملة فکون الحیوان من المسوخ أو السباع أو الحشرات لا دلیل علی کونه کالنجاسة مانعا

[جواز بیع ما یشتمل علی منفعة مقصودة للعقلاء]

[جواز بیع ما یشتمل علی منفعة مقصودة للعقلاء]
فالمتعین فیما اشتمل منها منفعة مقصودة للعقلاء جواز البیع فکل ما جازت الوصیة به لکونه مقصودا بالانتفاع للعقلاء فینبغی جواز بیعه إلا ما دل الدلیل علی المنع فیه تعبدا. و قد صرح فی التذکرة بجواز الوصیة بمثل الفیل و الأسد و غیرهما من المسوخ و المؤذیات و إن منعنا عن بیعها و ظاهر هذا الکلام أن المنع من بیعها علی القول به للتعبد لا لعدم المالیة

[نقد ما أفاده العلامة فی التذکرة]

[نقد ما أفاده العلامة فی التذکرة]
ثم إن ما تقدم منه قدس سره من أنه لا اعتبار بما ورد فی الخواص من منافعها لأنها لا تعد مالا مع ذلک یشکل بأنه إذا اطلع العرف علی خاصیة فی إحدی الحشرات معلومة بالتجربة أو غیرها فأی فرق بینها و بین نبات من الأدویة علم فیه تلک الخاصیة و حینئذ فعدم جواز بیعها و أخذ المال فی مقابله بملاحظة تلک الخاصیة یحتاج إلی دلیل لأنه حینئذ لیس أکلا للمال بالباطل و یؤید ذلک ما تقدم فی روایة التحف من أن: کل شیء یکون لهم فیه الصلاح من جهة من الجهات فذلک حلال بیعه إلی آخر الحدیث.

[تحسین ما قاله فی الدروس]

[تحسین ما قاله فی الدروس]
و قد أجاد فی الدروس حیث قال ما لا نفع فیه مقصودا للعقلاء کالخشار و فضلات الإنسان و عن التنقیح ما لا نفع فیه بوجه من الوجوه کالخنافس و الدیدان

[النظر فی منع العلامة بیع ما ینتفع به نادرا]

[النظر فی منع العلامة بیع ما ینتفع به نادرا]

و مما ذکرنا یظهر النظر فیما ذکره فی التـذکرة من الإشـکال فی جواز بیع العلق الـذی ینتفع به لامتصاص الدم و دیدان القز التی یصاد بها السمک ثم استقرب المنع فقال لندور الانتفاع فیشبه ما لا منفعة فیه إذ کل شیء فله نفع ما انتهی. أقول و لا مانع من التزام جواز بیع کـل مـا له نفع مـا و لو فرض الشـک فی صـدق المـال علی مثـل هـذه الأشـیاء المسـتلزم للشک فی صـدق البیع أمکن الحکم بصـحة المعاوضـة علیهـا لعمومـات التجـارة و الصـلح و العقود و الهبـة المعوضـة و غیرهـا و عـدم المـانع لأـنه لیس إلاـ أکـل المال بالباطل و المفروض عدم تحققه هنا.

[انعقاد الإجماع علی عدم الاعتناء بالمنافع النادرة]

[انعقاد الإجماع علی عدم الاعتناء بالمنافع النادرة]

فالعمدة فی المسألة الإجماع علی عدم الاعتناء بالمنافع النادرة

[مقتضی التأمل فی الأخبار عدم الاعتناء بالمنافع النادرة]

[مقتضی التأمل فی الأخبار عدم الاعتناء بالمنافع النادرة]

و هو الظاهر من التأمل فی الأخبار أیضا مثل ما دل علی تحریم بیع ما یحرم منفعته الغالبـة مع اشـتماله علی منفعـة نادرة محللة مثل قوله ص:

لعن الله الیهود حرمت علیهم الشـحوم فباعوهـا و أکلوا ثمنهـا بنـاء علی أن للشـحوم منفعـة نـادرة محللـة علی الیهود لأن ظاهر تحریمها علیهم تحریم أکلهـا أو سـائر منافعهـا المتعارفـة فلو لاـ أن النـادر فی نظر الشارع کالمعـدوم لم یکن وجه للمنع عن البیع- کما لم یمنع الشـارع عن بیع مـا له منفعـة محللـة مساویـة للمحرمـة فی التعارف و الاعتـداد (إلا أن یقال المنع فیها تعبـد للنجاسـة لا من حیث عـدم المنفعـة المتعارفـة فتأمـل.) و أوضـح من ذلـک قوله ع- فی روایـة تحف العقول فی ضابـط ما یکتسب به: و کل شـیء یکون لهم فیه الصـلاح من جهـة من الجهات فـذلک کله حلال بیعه و شـراؤه إلی آخر حـدیث تحف العقول إذ لا یراد منه مجرد المنفعـة و إلا یعم الأشیاء کلها.

و قوله فی آخره: إنما حرم الله الصناعة التی یجیء منها الفساد محضا نظیر کذا و کذا إلی آخر ما ذکره فإن کثیرا من الأمثلة المذکورة هنـاک لها منافع محللة فإن الأشـربة المحرمـة کثیرا ما ینتفع بها فی معالجـة الـدواب بل المرضـی فجعلها مما یجیء منه الفساد محضـا باعتبار عـدم الاعتناء بهـذه المصالـح لنـدرتها إلا أن الإشـکال فی تعیین المنفعـة النادرة و تمییزها عن غیرها فالواجب الرجوع فی مقام الشک إلی أدلة التجارة و نحوها مما ذکر

[جواز بیع السباع بناء علی وقوع التذکیة علیها]

[جواز بیع السباع بناء علی وقوع التذکیة علیها]

و منه يظهر أن الأقوى جواز بيع السباع بناء على وقوع التذكية عليها للانتفاع البين بجلودها و قد نص في الرواية على بعضها و كذا شحومها و عظامها. و أما لحومها فالمصرح به في التذكرة عدم الجواز معللا بندور المنفعة المحللة المقصودة منه كإطعام الكلاب المحترمة و جوارح الطير

[جواز بيع الهرة]

[جواز بيع الهرة]

و يظهر أيضا جواز بيع الهرة و هو المنصوص في غير واحد

المكاسب، ج۱، ص ۲۱

من الروايات و نسبه في موضع من التذكرة إلى علمائنا بخلاف القرد لأن المصلحة المقصودة منه و هو حفظ المتاع نادرة.

[عدم المنفعة المعتد بها يستند تارة إلى خسة الشيء و أخرى إلى قلته]

[عدم المنفعة المعتد بها يستند تارة إلى خسة الشيء و أخرى إلى قلته]

ثم اعلم أن عدم المنفعة المعتد بها يستند تارة إلى خسة الشيء كما ذكر من الأمثلة في عبارة المبسوط و أخرى إلى قلته كجزء يسير من المال لا يبذل في مقابلة مال كحبة حنطة. و الفرق أن الأول لا يملك و لا يدخل تحت اليد كما عرفت من التذكرة بخلاف الثاني فإنه يملك و لو غصبه غاصب كان عليه مثله إن كان مثليا خلافا للتذكرة فلم يوجب شيئا كغير المثلي و ضعفه بعض بأن اللازم حينئذ عدم الغرامة فيما لو غصب صبرة تدريجا و يمكن أن يلتزم فيه كما يلتزم في غير المثلي فافهم ثم إن منع حق الاختصاص في القسم الأول مشكل مع عموم قوله ص: من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد من المسلمين فهو أحق به مع عد أخذه قهرا ظلما عرفا

النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملا محرما في نفسه

اشارة

النوع الرابع ما يحرم الاكتساب به لكونه عملا محرما في نفسه

و هذا النوع و إن كانت أفراده هي جميع الأعمال المحرمة القابلة لمقابلة المال بها في الإجارة و الجعالة و غيرهما إلا أنه جرت عادة الأصحاب بذكر كثير مما من شأنه الاكتساب به من المحرمات بل و لغير ذلك مما لم يتعارف الاكتساب به كالغيبة و الكذب و نحوهما و كيف كان فنقتفي آثارهم بذكر أكثرها في مسائل مرتبة بترتيب حروف أوائل عنواناتهم إن شاء الله تدليس الماشطة

المسألة الأولى تدليس الماشطة

اشارة

المسألة الأولى تدليس الماشطة

المرأة التی یراد تزویجها أو الأمة التی یراد بیعها حرام بلا خلاف کما عن الریاض و عن مجمع الفائدة الإجماع علیه و [کذا] فعل المرأة ذلک بنفسها

[بما ذا یحصل التدلیس]

[بما ذا یحصل التدلیس]
قال فی المقنعة و کسب المواشط حلال إذا لم یغششن و لم یدلسن فی عملهن فیصلن شعور النساء بشعور غیرهن من الناس و یشمن الخدود و یستعملن ما لا یجوز فی شریعة الإسلام فإن وصلن شعرهن بشعر غیر الناس لم یکن بذلک بأس و نحوه بعینه عبارة النهایة. و قال فی السرائر فی عداد المحرمات و عمل المواشط بالتدلیس بأن یشمن الخدود و یحمرنها و ینقشن بالأیدی و الأرجل و یصلن شعر النساء بشعر غیرهن و ما جری مجری ذلک انتهی و حکی نحوه عن الدروس و حاشیة الإرشاد

[هل یعد وشم الخدود و وصل الشعر بشعر الغیر من التدلیس]

[هل یعد وشم الخدود و وصل الشعر بشعر الغیر من التدلیس]
و فی عد وشم الخدود من جملة التدلیس تأمل لأن الوشم فی نفسه زینة. و کذا التأمل فی التفصیل بین وصل الشعر بشعر الإنسان و وصله بشعر غیره فإن ذلک لا مدخل له فی التدلیس و عدمه إلا أن یوجه الأول بأنه قد یکون الغرض من الوشم حدوث نقطة خضراء فی البدن حتی یتراءی بیاض سائر البدن و صفاؤه أکثر مما کان یری لو لا هذه النقطة و یوجه الثانی بأن شعر غیر المرأة لا یلتبس علی الشعر الأصلی للمرأة فلا یحصل التدلیس به بخلاف شعر المرأة. و کیف کان یظهر من بعض الأخبار المنع عن الوشم و وصل الشعر بشعر الغیر

[ظاهر بعض الأخبار المنع عن مطلق الوشم و وصل الشعر بشعر الغیر]

[ظاهر بعض الأخبار المنع عن مطلق الوشم و وصل الشعر بشعر الغیر]
و ظاهرها المنع و لو فی غیر مقام التدلیس ففی مرسلة ابن أبی عمیر عن رجل عن أبی عبد الله ع قال: دخلت ماشطة علی رسول الله ص فقال لها هل ترکت عملک أو أقمت علیه فقالت یا رسول الله أنا أعمله إلا أن تنهانی عنه فانتهی عنه فقال افعلی فإذا مشطت فلا تجلی الوجه بالخرقة فإنها تذهب بماء الوجه و لا تصلی شعر المرأة بشعر امرأة غیرها و أما شعر المعز فلا بأس به بأن یوصل بشعر المرأة و فی مرسلة الفقیه: لا بأس بکسب الماشطة ما لم تشارط و قبلت ما تعطی و لا تصل شعر المرأة بشعر امرأة غیرها و أما شعر المعز فلا بأس بأن یوصله بشعر المرأة و عن معانی الأخبار بسنده عن علی بن غراب عن جعفر بن محمد عن آبائه ع قال: لعن رسول الله ص النامصة و المنتمصة و الواشرة و الموتشرة و الواصلة و المستوصلة و الواشمة و المستوشمة. قال الصدوق قال علی بن غراب النامصة التی تنتف الشعر و المنتمصة التی یفعل ذلک بها و- الواشرة التی تشر أسنان المرأة و تفلجها و تحددها و الموتشرة التی یفعل ذلک بها و الواصلة التی تصل شعر المرأة بشعر امرأة غیرها و المستوصلة التی یفعل ذلک بها و الواشمة التی تشم وشما فی ید المرأة أو فی شیء من بدنها و هو أن تغرز بدنها أو ظهر کفها بإبرة حتی تؤثر فیه ثم تحشوها بالکحل أو شیء من النورة فتخضر و المستوشمة التی یفعل بها ذلک.

و ظاهر بعض الأخبار کراهة الوصل و لو بشعر غیر المرأة

و ظاهر بعض الأخبار کراهة الوصل و لو بشعر غیر المرأة

مثل ما عن عبد الله بن الحسن قال: سألته عن القرامل قال و ما القرامل قلت صوف تجعله النساء فی رءوسهن قال إن كان صوفا فلا بأس و إن كان شعرا فلا خير فيه من الواصلة و المستوصلة.

و ظاهر بعض الأخبار الجواز مطلقا

و ظاهر بعض الأخبار الجواز مطلقا

ففی رواية سعد الإسكاف قال: سئل أبو جعفر ع عن القرامل التی تضعها النساء فی رءوسهن يصلنه بشعورهن قال لا بأس على المرأة بما تزينت به لزوجها قال فقلت له بلغنا أن رسول الله ص لعن الواصلة و المستوصلة فقال ليس هناك إنما لعن رسول الله ص الواصلة التی تزنی فی شبابها فإذا كبرت قادت النساء إلى الرجال فتلك الواصلة

و يمكن الجمع بين الأخبار

و يمكن الجمع بين الأخبار

بالحكم بكراهة وصل مطلق الشعر كما فی رواية عبد الله بن الحسن و شدة الكراهة فی الوصل بشعر المرأة. و عن الخلاف و المنتهی الإجماع على أنه يكره وصل شعرها بشعر غيرها رجلا كان أو امرأة و أما ما عدا الوصل مما ذكر فی رواية معانی الأخبار فيمكن حملها أيضا على الكراهة لثبوت الرخصة من رواية سعد الإسكاف فی مطلق الزينة خصوصا مع صرف الإمام للنبوی الوارد فی الواصلة عن ظاهرها المتحد سياقا مع سائر ما ذكر فی النبوی و لعله أولى من تخصيص الرخصة بهذه الأمور- مع أنه لو لا الصرف لكان الواجب إما تخصيص الشعر بشعر المرأة أو تقييده بما إذا كان هو أو إحدى أخواته فی مقام التدليس فلا دليل على تحريمها فی غير مقام التدليس كفعل المرأة المزوجة ذلك لزوجها خصوصا بملاحظة ما فی رواية علی بن جعفر عن أخيه ع: عن المرأة تحف الشعر عن وجهها قال لا بأس و هذه أيضا قرينة على صرف إطلاق لعن النامصة فی النبوی عن ظاهره بإرادة التدليس و الحمل على الكراهة.

نعم قد يشكل الأمر فی وشم الأطفال

نعم قد يشكل الأمر فی وشم الأطفال

من حيث إنه إيذاء لهم بغير مصلحة بناء على أن لا مصلحة فيه لغير المرأة المتزوجة إلا التدليس بإظهار شدة بياض البدن و صفائه بملاحظة النقطة الخضراء الكدرة فی البدن لكن الإنصاف أن كون ذلك تدليسا مشكل بل ممنوع بل هو تزيين للمرأة من حيث خلط البياض بالخضرة فهو تزيين لا موهم لما ليس فی البدن واقعا من البياض و الصفاء. نعم مثل نقش الأيدی و الأرجل بالسواد يمكن أن يكون الغالب فيه

المكاسب، ج ۱، ص ۲۲

إرادة إيهام بياض البدن و صفائه و مثله الخط الأسود فوق الحاجبين أو وصل الحاجبين بالسواد لتوهم طولهما و تقوسهما.

[حصول التدليس بمجرد رغبة الخاطب أو المشتری و إن علما بذلک]

[حصول التدليس بمجرد رغبة الخاطب أو المشتری و إن علما بذلک]

ثم إن التدليس بما ذكرنا إنما يحصل بمجرد رغبة الخاطب أو المشتری و إن علما أن هذا البياض و الصفاء ليس واقعيا بل حدث بواسطة هذه الأمور فلا يقال إنها ليست بتدليس لعدم خفاء أثرها على الناظر و حينئذ فينبغی أن يعد من التدليس لبس المرأة أو الأمة الثياب الحمر أو الخضر الموجبة لظهور بياض البدن و صفائه و الله العالم.

[کراهة کسب الماشطة مع شرط الأجرة المعینة]

[کراهة کسب الماشطة مع شرط الأجرة المعینة]

ثم إن المرسلة المتقدمة عن الفقیه دلت علی کراهة کسب الماشطة- مع شرط الأجرة المعینة و حکی الفتوی به عن المقنع و غیره. و المراد بقوله ع إذا قبلت ما تعطی البناء علی ذلک حین العمل و إلا فلا یلحق العمل بعد وقوعه ما یوجب کراهته.

[الحکمة فی أولویة قبول ما یعطاه الحجام و الختان و الماشطة]

[الحکمة فی أولویة قبول ما یعطاه الحجام و الختان و الماشطة]

ثم إن أولویة قبول ما یعطی و عدم مطالبة الزائد إما لأن الغالب عدم نقص ما تعطی عن أجرة مثل العمل إلا أن مثل الماشطة و الحجام و الختان و نحوهم کثیرا ما یتوقعون أزید مما یستحقون خصوصا من أولی المروءة و الثروة و ربما یبادرون إلی هتک العرض إذا منعوا و لا یعطون ما یتوقعون من الزیادة أو بعضه إلا استحیاء و صیانة للعرض. و هذا لا یخلو عن شبهه فأمروا فی الشریعة الإسلامیة بالقناعة بما یعطون و ترک مطالبة الزائد فلا ینافی ذلک جواز مطالبة الزائد و الامتناع عن قبول ما یعطی إذا اتفق کونه دون أجرة المثل و إما لأن المشارطة فی مثل هذه الأمور لا یلیق بشأن کثیر من الأشخاص لأن المماکسة فیها خلاف المروءة و المسامحة فیها قد لا تکون مصلحة لکثرة طمع هذه الأصناف فأمروا بترک المشارطة و الإقدام علی العمل بأقل ما یعطی و قبوله و ترک مطالبة الزائد مستحب للعامل و إن وجب علی من عمل له إیفاء تمام ما یستحقه من أجرة المثل فهو مکلف وجوبا بالإیفاء و العامل مکلف ندبا بالسکوت و ترک المطالبة خصوصا علی ما یعتاده هؤلاء من سوء الاقتضاء أو لأن الأولی فی حق العامل قصد التبرع بالعمل و قبول ما یعطی علی وجه التبرع أیضا فلا ینافی ذلک ما ورد من قوله ع: لا تستعملن أجیرا حتی تقاطعه

تزین الرجل بما یحرم علیه

المسألة الثانیة [حرمة تزیین الرجل بما یختص بالنساء و کذا العکس]

اشارة

المسألة الثانیة [حرمة تزیین الرجل بما یختص بالنساء و کذا العکس]

تزین الرجل بما یحرم علیه من لبس الحریر و الذهب حرام لما ثبت فی محله من حرمتها علی الرجال و ما یختص بالنساء من اللباس کالسوار و الخلخال و الثیاب المختصة بهن فی العادات علی ما ذکره فی المسالک. و کذا العکس أعنی تزین المرأة بما یخص الرجال کالمنطقة و العمامة و یختلف باختلاف العادات

[لا دلیل علی الحرمة عدا النبوی]

اشارة

[لا دلیل علی الحرمة عدا النبوی]

و اعترف غیر واحد بعدم العثور علی دلیل لهذا الحکم عدا النبوی المشهور المحکی عن الکافی و العلل: لعن الله المتشبهین من الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال

و فی دلالته قصور

و فی دلالته قصور
لأن الظاهر من التشبه تأنث الذکر و تذکر الأنثی لا مجرد لبس أحدهما لباس الآخر مع عدم قصد التشبه. و یؤیده المحکی عن العلل: إن علیا ع رأی رجلا به تأنث فی مسجد رسول الله ص فقال له اخرج من مسجد رسول الله ص فإنی سمعت رسول الله ص یقول لعن الله إلی آخر الحدیث و فی روایة یعقوب بن جعفر الواردة فی المساحقة: أن فیهن قال رسول الله ص لعن الله المتشبهات بالرجال من النساء إلی آخر الحدیث و فی روایة أبی خدیجة عن أبی عبد الله ع: لعن رسول الله ص المتشبهین من الرجال بالنساء و المتشبهات من النساء بالرجال و هم المخنثون و اللائی ینکحن بعضهن بعضا نعم فی روایة سماعة عن أبی عبد الله ع: عن رجل یجر ثیابه قال إنی لأکره أن یتشبه بالنساء و عنه عن آبائه ع: کان رسول الله ص یزجر الرجل أن یتشبه بالنساء و ینهی المرأة أن تتشبه بالرجال فی لباسها و فیهما خصوصا الأولی بقرینة المورد ظهور فی الکراهة فالحکم المذکور لا یخلو عن إشکال.

ثم الخنثی یجب علیها ترک الزینتین المختصتین بکل من الرجل و المرأة

ثم الخنثی یجب علیها ترک الزینتین المختصتین بکل من الرجل و المرأة
کما صرح به جماعة لأنها یحرم علیها لباس مخالفة فی الذکورة و الأنوثة و هو مردد بین اللبسین فیجتنب عنهما مقدمة لأنهما له من قبیل المشتبهین المعلوم حرمة أحدهما و یشکل بناء علی کون مدرک الحکم حرمة التشبه بأن الظاهر من التشبه صورة علم المتشبه التشبیب

المسألة الثالثة التشبیب بالمرأة المعروفة المؤمنة المحترمة

[بیان معنی التشبیب]

[بیان معنی التشبیب]
و هو کما فی جامع المقاصد ذکر محاسنها و إظهار شدة حبها بالشعر حرام علی ما عن المبسوط و جماعة کالفاضلین و الشهیدین و المحقق الثانی

[أدلة الحرمة]

[أدلة الحرمة]
و استدل علیه بلزوم تفضیحها و هتک حرمتها و إیذائها و إغراء الفساق بها و إدخال النقص علیها و علی أهلها و لذا لا ترضی النفوس الآبیة ذوات الغیرة و الحمیة أن یذکر ذاکر عشق بعض بناتهم و أخواتهم بل البعیدات من قراباتهم.

و الإنصاف أن هذه الوجوه لا تنهض لإثبات التحریم

و الإنصاف أن هذه الوجوه لا تنهض لإثبات التحریم
مع کونه أخص من المدعی إذ قد لا یتحقق شیء من المذکورات فی التشبیب بل و أعم منه من وجه فإن التشبیب بالزوجة قد یوجب أکثر المذکورات.

[الاستدلال بعمومات حرمة اللهو و الباطل و الفحشاء و فحوى ما دل على حرمة ما يوجب تهييج القوة الشهوية]

[الاستدلال بعمومات حرمة اللهو و الباطل و الفحشاء و فحوى ما دل على حرمة ما يوجب تهييج القوة الشهوية]

و يمكن أن يستدل عليه بما سيجىء من عمومات حرمة اللهو و الباطل و ما دل على حرمة الفحشاء و منافاته للعفاف المأخوذ فى العدالة و فحوى ما دل على حرمة ما يوجب و لو بعيدا تهييج القوة الشهوية بالنسبة إلى غير الحليلة مثل ما دل عن المنع عن النظر لأنه سهم من سهام إبليس و المنع عن الخلوة بالأجنبية لأن ثالثهما الشيطان و كراهة جلوس الرجل فى مكان المرأة حتى يبرد المكان. و يرجحان التستر عن نساء أهل الذمة لأنهن يصفن لأزواجهن و التستر عن الصبى المميز الذى يصف ما يرى. و النهى فى الكتاب العزيز بقوله تعالى فَلا تَخْضَعْنَ بِالْقَوْلِ فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ و عن أن يضربن بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ ما يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ إلى غير ذلك من المحرمات و المكروهات التى يعلم منها حرمة ذكر المرأة المعينة المحترمة بما يهيج الشهوة عليها خصوصا ذات البعل التى لم يرض الشارع بتعريضها للنكاح بقوله رب راغب فيك

[لا يبعد القول بجواز التشبيب بالمخطوبة قبل العقد]

[لا يبعد القول بجواز التشبيب بالمخطوبة قبل العقد]

نعم لو قيل بعدم حرمة التشبيب بالمخطوبة قبل العقد بل مطلق من يراد تزوجها لم يكن بعيدا لعدم جريان أكثر ما ذكر فيها و المسألة غير صافية عن الاشتباه و الإشكال. ثم إن المحكى عن المبسوط و جماعة جواز التشبيب بالحليلة بزيادة الكراهة عن المبسوط

[جواز التشبيب بالمرأة المبهمة]

[جواز التشبيب بالمرأة المبهمة]

و ظاهر الكل جواز التشبيب بالمرأة المبهمة بأن يتخيل امرأة و يتشبب بها و أما المعروفة عند القائل دون السامع سواء علم السامع إجمالا إنه يقصد معينة أم لا ففيه إشكال. و فى جامع المقاصد كما عن الحواشى الحرمة فى الصورة الأولى و فيه إشكال من جهة اختلاف الوجوه المتقدمة للتحريم و كذا إذا لم يكن هنا سامع.

و أما اعتبار الإيمان

و أما اعتبار الإيمان

فاختاره فى القواعد و التذكرة و تبعه بعض الأساطين

المكاسب، ج۱، ص ۲۳

لعدم احترام غير المؤمنة و فى جامع المقاصد كما عن غيره حرمة التشبيب بنساء أهل الذمة لفحوى حرمة النظر إليهن و نقض بحرمة النظر إلى نساء أهل الحرب مع أنه صرح بجواز التشبيب بهن و المسألة مشكلة من جهة الاشتباه فى مدرك أصل الحكم و كيف كان فإذا شك المستمع فى تحقق شروط الحرمة لم يحرم عليه الاستماع كما صرح به فى جامع المقاصد.

و أما التشبيب بالغلام فهو محرم على كل حال

و أما التشبيب بالغلام فهو محرم على كل حال

كما عن الشهيدين و المحقق الثاني و كاشف اللثام لأنه فحش محض فيشتمل على الإغراء بالقبيح و عن المفاتيح أن فى إطلاق الحكم

نظرا و الله العالم

التصوير

المسألة الرابعة تصوير ذوات الأرواح حرام

اشارة

المسألة الرابعة تصوير ذوات الأرواح حرام

إذا كانت الصورة مجسمة بلا خلاف فتوى و نصا و كذا مع عدم التجسم وفاقا لظاهر النهاية و صريح السرائر و المحكى عن حواشى الشهيد و الميسية و المسالك و إيضاح النافع و الكفاية و مجمع البرهان و غيرهم

[الأخبار المستفيضة الدالة على حرمة مجرد النقش]

[الأخبار المستفيضة الدالة على حرمة مجرد النقش]

للروايات المستفيضة مثل قوله ع: نهى [رسول الله ص] أن ينقش شيء من الحيوان على الخاتم و قوله ع: و نهى عن تزويق البيوت قلت و ما تزويق البيوت قال تصاوير التماثيل و المتقدم عن تحف العقول: و صنعة صنوف التصاوير ما لم يكن مثال الروحانى و قوله ع فى عدة أخبار: من صور صورة كلفه الله يوم القيامة أن ينفخ فيها و ليس بنافخ. و قد يستظهر اختصاصها بالمجسمة من حيث إن النفخ فى الروح لا يكون إلا فى المجسمة و إرادة تجسم النقش مقدمة للنفخ ثم النفخ فيه خلاف الظاهر. و فيه أن النفخ يمكن تصوره فى النقش بملاحظة محله بل بدونها كما فى أمر الإمام ع الأسد المنقوش على البساط بأخذ الساحر فى مجلس الخليفة أو بملاحظة لون النقش الذى هو فى الحقيقة أجزاء لطيفة من الصبغ. و الحاصل أن مثل هذا لا يعد قرينة عرفا على تخصيص الصورة بالمجسم و أظهر من الكل صحيحة محمد بن مسلم قال: سألت أبا عبد الله ع عن تماثيل الشجر و الشمس و القمر فقال لا بأس ما لم يكن شيئا من الحيوان فإن ذكر الشمس و القمر قرينة على إرادة مجرد النقش. و مثل قوله ع: من جدد قبرا أو مثل مثالا فقد خرج عن الإسلام. فإن المثال و التصوير مترادفان على ما حكاه كاشف اللثام عن أهل اللغة مع أن الشائع من التصوير و المطلوب منه هى الصور المنقوشة على أشكال الرجال و النساء و الطيور و السباع دون الأجسام المصنوعة على تلك الإشكال

[استظهار أن الحكمة فى التحريم هى حرمة التشبه بالخالق]

[استظهار أن الحكمة فى التحريم هى حرمة التشبه بالخالق]

و يؤيده أن الظاهر أن الحكمة فى التحريم هى حرمة التشبه بالخالق فى إبداع الحيوانات و أعضائها على الإشكال المطبوعة التى يعجز البشر عن نقشها على ما هى عليه فضلا عن اختراعها و لذا منع بعض الأساطين عن تمكين غير المكلف من ذلك. و من المعلوم أن المادة لا دخل لها فى هذه الاختراعات العجيبة فالتشبه إنما يحصل بالنقش و التشكيل لا غير

و من هنا يمكن استظهار اختصاص الحكم بذوات الأرواح

و من هنا يمكن استظهار اختصاص الحكم بذوات الأرواح

فإن صور غيرها كثيرا ما يحصل بفعل الإنسان للدواعى الأخر غير قصد التصوير و لا يحصل به تشبه بحضرة المبدع تعالى عن التشبيه بل كل ما يصنعه الإنسان من التصرف فى الأجسام فيقع على شكل واحد من مخلوقات الله تعالى.

[ما أفاده فی كشف اللثام من النقض علی التعميم]

[ما أفاده فی كشف اللثام من النقض علی التعميم]
و لذا قال كاشف اللثام علی ما حكی عنه فی مسألة كراهة الصلاة فی الثوب المشتمل علی التماثيل أنه لو عمت الكراهة لتماثيل ذی الروح و غيرها كرهت الثياب ذوات الأعلام لشبه الأعلام بالأخشاب و القصبات و نحوها و الثياب المحشوة لشبه طرائقها المخيطة بها بل الثياب قاطبة لشبه خيوطها بالأخشاب و نحوها انتهی و إن كان ما ذكره لا يخلو عن نظر كما سيجیء هذا. و لكن العمدة فی اختصاص الحكم بذوات الأرواح أصالة الإباحة مضافا إلی ما دل علی الرخصة مثل صحيحة محمد بن مسلم السابقة و رواية التحف المتقدمة و ما ورد: فی تفسير قوله تعالی يَعْمَلُونَ لَهُ ما يَشاءُ مِنْ مَحارِيبَ وَ تَماثِيلَ فی قوله ع و الله ما هی تماثيل الرجال و النساء و لكنها تماثيل الشجر و شبهه و الظاهر شمولها للجسم و غيره فبها يقيد بعض ما مر من الإطلاق خلافا لظاهر جماعة

[ظاهر بعض تعميم الحكم لغير ذی الروح]

[ظاهر بعض تعميم الحكم لغير ذی الروح]
حيث إنهم بين من يحكی عنه تعميمه الحكم لغير ذی الروح و لو لم يكن مجسما لبعض الإطلاقات اللازم تقييدها بما تقدم مثل قوله ع: و ينهی عن تزويق البيوت و قوله ع: من مثل مثالا إلی آخر الحديث

[ظاهر بعض تخصيص الحكم بالمجسم]

[ظاهر بعض تخصيص الحكم بالمجسم]
و بين من عبر بالتماثيل المجسمة بناء علی شمول التمثال لغير الحيوان كما هو كذلك فخص الحكم بالمجسم لأن المتيقن من المقيدات للإطلاقات و الظاهر منها بحكم غلبة الاستعمال و الوجود النقوش لا غير و فيه أن هذا الظهور لو اعتبر لسقط الإطلاقات عن نهوضها لإثبات حرمة المجسم فتعين حملها علی الكراهة دون التخصيص بالمجسمة. و بالجملة التمثال فی الإطلاقات المانعة مثل قوله ص من مثل مثالا إن كان ظاهرا فی شمول الحكم للمجسم كان كذلك فی الأدلة المرخصة لما عدا الحيوان كرواية تحف العقول و صحيحة محمد بن مسلم و ما فی تفسير الآية فدعوی ظهور الإطلاقات المانعة فی العموم و اختصاص المقيدات المجوزة بالنقوش تحكم.

[خروج تصوير ما هو مصنوع للعباد عن أدلة الحرمة]

[خروج تصوير ما هو مصنوع للعباد عن أدلة الحرمة]
ثم إنه لو عممنا الحكم بغير الحيوان مطلقا أو مع التجسم فالظاهر أن المراد به ما كان مخلوقا لله سبحانه علی هيئة خاصة معجبة للناظر علی وجه تميل النفس إلی مشاهدة صورتها المجردة عن المادة أو معها فمثل تمثال السيف و الرمح و القصور و الأبنية و السفن مما هو مصنوع للعباد و إن كانت فی هيئة حسنة معجبة خارج. و كذا مثل تمثال القصبات و الأخشاب و الجبال و الشطوط مما خلق الله لا علی هيئة معجبة للناظر بحيث تميل النفس إلی مشاهدتها و لو بالصور الحاكية لها لعدم شمول الأدلة لذلك كله هذا كله مع قصد الحكاية و التمثيل فلو دعت الحاجة إلی عمل شیء يكون شبيها بشیء من خلق الله و لو كان حيوانا من غير قصد الحكاية فلا بأس قطعا و منه يظهر النظر فيما تقدم عن كاشف اللثام.

ثم إن المرجع فی الصورة إلی العرف

ثم إن المرجع فی الصورة إلی العرف
فلا یقدح فی الحرمة نقص بعض الأعضاء و لیس فیما ورد من رجحان تغیر الصورة بقلع عینها أو کسر رأسها دلالة علی جواز تصویر الناقص

و لو صور بعض أجزاء الحیوان ففی حرمته نظر بل منع

و لو صور بعض أجزاء الحیوان ففی حرمته نظر بل منع
و علیه فلو صور نصف الحیوان من رأسه إلی وسطه فإن قدر الباقی موجودا بأن فرضه إنسانا جالسا لا یتبین ما دون وسطه حرم و إن قصد النصف لا- غیر لم یحرم إلا- مع صدق الحیوان علی هذا النصف و لو بدا له فی إتمامه حرم الإتمام لصدق التصویر بإکمال الصورة لأنه إیجاد لها و لو اشتغل بتصویر حیوان فعل حراما حتی لو بدا له فی إتمامه و هل یکون ما فعل حراما من حیث التصویر أو لا یحرم إلا من حیث التجری وجهان من أنه لم یقع إلا بعض مقدمات الحرام بقصد تحققه و من أن معنی حرمة الفعل عرفا لیس إلا حرمة الاشتغال به عمدا فلا تراعی الحرمة بإتمام
المکاسب، ج۱، ص ۲۴
العمل. و الفرق بین فعل الواجب المتوقف استحقاق الثواب علی إتمامه و بین الحرام هو قضاء العرف فتأمل

بقی الکلام فی جواز اقتناء ما حرم عمله من الصور و عدمه

اشارة

بقی الکلام فی جواز اقتناء ما حرم عمله من الصور و عدمه
فالمحکی عن شرح الإرشاد للمحقق الأردبیلی أن المستفاد من الأخبار الصحیحة و أقوال الأصحاب عدم حرمة إبقاء الصور و قرره الحاکی علی هذه الاستفادة.
و ممن اعترف بعدم الدلیل علی الحرمة المحقق الثانی فی جامع المقاصد مفرعا علی ذلک جواز بیع الصور المعمولة و عدم لحوقها بآلات اللهو و القمار و أوانی النقدین و صرح فی حاشیة الإرشاد بجواز النظر إلیها. لکن ظاهر کلام بعض القدماء حرمة بیع التماثیل و ابتیاعها ففی المقنعة بعد أن ذکر فیما یحرم الاکتساب به الخمر و صناعتها و بیعها قال و عمل الأصنام و الصلبان و التماثیل المجسمة و الشطرنج و النرد و ما أشبه ذلک حرام و بیعه و ابتیاعه حرام انتهی و فی النهایة و عمل الأصنام و الصلبان و التماثیل المجسمة و الصور و الشطرنج و النرد و سائر أنواع القمار حتی لعب الصبیان بالجوز و التجارة فیها و التصرف فیها و التکسب بها محظور انتهی و نحوها ظاهر السرائر

و یمکن أن یستدل للحرمة

و یمکن أن یستدل للحرمة
مضافا إلی أن الظاهر من تحریم عمل الشیء مبغوضیة وجود المعمول ابتداء و استدامة بما تقدم فی صحیحة ابن مسلم من قوله ع: لا بأس ما لم یکن حیوانا بناء علی أن الظاهر من سؤال الراوی عن التماثیل سؤاله عن حکم الفعل المتعارف المتعلق بها العام البلوی و هو الاقتناء. و أما نفس الإیجاد فهو عمل مختص بالنقاش أ لا تری أنه لو سئل عن الخمر فأجاب بالحرمة أو عن العصیر فأجاب بالإباحة

انصرف الذهن إلى شربهما دون صنعتهما بل ما نحن فيه أولى بالانصراف لأن صنعة العصير و الخمر يقع من كل أحد بخلاف صنعة التماثيل و بما تقدم من الحصر فى قوله ع فى رواية تحف العقول: إنما حرم الله الصناعة التى يجىء فيها الفساد محضا و لا يكون منه و فيه شىء من وجوه الصلاح إلى قوله ع يحرم جميع التقلب فيه فإن ظاهره أن كل ما يحرم صنعته و منها التصاوير يجىء منها الفساد محضا يحرم جميع التقلب فيه بمقتضى ما ذكر فى الرواية بعد هذه الفقرة. و بالنبوى: لا تدع صورة إلا محوتها و لا كلبا إلا قتلته بناء على إرادة الكلب الهراش المؤذى الذى يحرم اقتناؤه. و ما عن قرب الإسناد بسنده عن على بن جعفر ع عن أخيه ع قال: سألته عن التماثيل هل يصلح أن يلعب بها قال لا و بما ورد فى إنكار أن المعمول لسليمان على نبينا و آله و عليه السلام هى تماثيل الرجال و النساء فإن الإنكار إنما يرجع إلى مشيه سليمان للمعمول كما هو ظاهر الآية دون أصل العمل فدل على كون مشيه وجود التمثال من المنكرات التى لا يليق بمنصب النبوة. و بمفهوم صحيحة زرارة عن أبى جعفر ع: لا بأس بأن يكون التماثيل فى البيوت إذا غيرت رءوسها و ترك ما سوى ذلك و رواية المثنى عن أبى عبد الله ع: إن عليا ع يكره الصور فى البيوت بضميمة ما ورد فى رواية أخرى مروية فى باب الربا: إن عليا ع لم يكن يكره الحلال و رواية الحلبى المحكية عن مكارم الأخلاق عن أبى عبد الله ع قال: أهديت إلى طنفسة من الشام فيها تماثيل طائر فأمرت به فغير رأسه فجعل كهيئة الشجر

[المناقشة فى أدلة حرمة الاقتناء]

[المناقشة فى أدلة حرمة الاقتناء]

هذا و فى الجميع نظر أما الأول فلأن الممنوع هو إيجاد الصورة و ليس وجودها مبغوضا حتى يجب رفعه. نعم قد يفهم الملازمة من سياق الدليل أو من خارج كما أن حرمة إيجاد النجاسة فى المسجد يستلزم مبغوضية وجودها فيه المستلزم لوجوب رفعها. و أما الروايات فالصحيحة الأولى غير ظاهرة فى السؤال عن الاقتناء لأن عمل الصور مما هو مركوز فى الأذهان حتى أن السؤال عن حكم اقتنائها بعد معرفة حرمة عملها إذ لا يحتمل حرمة اقتناء ما لا يحرم عمله. و أما الحصر فى رواية تحف العقول فهو بقرينة الفقرة السابقة منه الواردة فى تقسيم الصناعات إلى ما يترتب عليه الحلال و الحرام و ما لا يترتب عليه إلا الحرام إضافى بالنسبة إلى هذين القسمين يعنى لم يحرم من القسمين إلا ما ينحصر فائدته فى الحرام و لا يترتب عليه إلا الفساد. نعم يمكن أن يقال إن الحصر وارد فى مساق التعليل و إعطاء الضابطة للفرق بين الصنائع لا لبيان حرمة خصوص القسم المذكور. و أما النبوى فسياقه ظاهر فى الكراهة كما يدل عليه عموم الأمر بقتل الكلاب. و قوله ع فى بعض هذه الروايات و لا قبرا إلا سويته. و أما رواية على بن جعفر فلا تدل إلا على كراهة اللعب بالصورة و لا نمنعها بل و لا الحرمة إذا كان اللعب على وجه اللهو و أما ما فى تفسير الآية فظاهره رجوع الإنكار إلى مشية سليمان على نبينا و آله و عليه السلام لعملهم بمعنى إذنه فيه أو إلى تقريره لهم فى العمل و أما الصحيحة فالبأس فيها محمول على الكراهة لأجل الصلاة أو مطلقا مع دلالته على جواز الاقتناء و عدم وجوب المحو. و أما ما ورد من أن عليا ع لم يكن يكره الحلال فمحمول على المباح المتساوى طرفاه لأنه ع كان يكره المكروه قطعا. و أما رواية الحلبى فلا دلالة لها على الوجوب أصلا

[معارضة روايات حرمة الاقتناء مع روايات الجواز]

[معارضة روايات حرمة الاقتناء مع روايات الجواز]

و لو سلم الظهور فى الجميع فهى معارضة بما هو أظهر و أكثر مثل صحيحة الحلبى عن أبى عبد الله ع: ربما قمت أصلى و بين يدى الوسادة فيها تماثيل طير فجعلت عليها ثوبا و رواية على بن جعفر عن أخيه ع: عن الخاتم يكون فيه نقش تماثيل طير أو سبع أ يصلى فيه قال لا بأس و عنه ع عن أخيه: عن البيت فيه صورة سمكة أو طير يعبث به أهل البيت هل يصلى فيه قال لا حتى يقطع رأسه و يفسد و رواية أبى بصير قال: سألت أبا عبد الله ع عن الوسادة و البساط يكون فيه التماثيل قال لا بأس به يكون فى البيت قلت ما التماثيل

فقال کل شیء یوطأ فلا بأس به و سیاق السؤال مع عموم الجواب یأبی عن تقیید الحکم بما یجوز عمله کما لا یخفی. و روایة أخری لأبی بصیر قال: قلت لأبی عبد الله ع إنا نبسط عندنا الوسائد فیها التماثیل و نفرشها قال لا بأس بما یبسط و یفرش و یوطأ و إنما یکره منها ما نصب علی الحائط و علی السریر و عن قرب الإسناد عن علی بن جعفر عن أخیه ع قال: سألته عن رجل کان فی بیته تماثیل أو فی ستر و لم یعلم بها و هو یصلی فی ذلک البیت ثم علم ما علیه قال ع لیس علیه فیما لم یعلم شیء فإذا علم فلینزع الستر و لیکسر رءوس التماثیل فإن ظاهره أن الأمر بالکسر لأجل کون البیت مما یصلی فیه و لذلک لم یأمر ع بتغییر ما علی الستر و اکتفی بنزعه و منه یظهر أن ثبوت البأس فی صحیحة زرارة السابقة مع عدم تغییر الرءوس إنما هو لأجل الصلاة.

[مختار المؤلف]

[مختار المؤلف]

و کیف کان

المکاسب، ج ۱، ص ۲۵

فالمستفاد من جمیع ما ورد من الأخبار الکثیرة فی کراهة الصلاة فی البیت الذی فیه التماثیل إلا إذا غیرت أو کانت بعین واحدة أو ألقی علیها ثوب جواز اتخاذها و عمومها یشمل المجسمة و غیرها و یؤید الکراهة الجمع بین اقتناء الصور و التماثیل فی البیت- و اقتناء الکلب و الإناء المجتمع فیه البول فی الأخبار الکثیرة مثل ما روی عنهم ع مستفیضا عن جبرئیل علی نبینا و آله و علیه السلام: أننا لا ندخل بیتا فیه صورة إنسان و لا بیتا یبال فیه و لا بیتا فیه کلب و فی بعض الأخبار إضافة الجنب إلیها و الله العالم بأحکامه

التطفیف

المسألة الخامسة التطفیف حرام

اشارة

المسألة الخامسة التطفیف حرام

ذکره فی القواعد فی المکاسب و لعله استطرادا و المراد اتخاذه کسبا بأن ینصب نفسه کیالا أو وزانا فیطفف للبائع و کیف کان فلا إشکال فی حرمته و یدل علیه الأدلة الأربعة.

ثم إن البخس فی العد و الذرع – یلحق به حکما

ثم إن البخس فی العد و الذرع- یلحق به حکما

و إن خرج عن موضوعه

و لو وازن الربوی بجنسه فطفف فی أحدهما

و لو وازن الربوی بجنسه فطفف فی أحدهما

فإن جرت المعاوضة علی الوزن المعلوم الکلی فیدفع الموزون علی أنه بذلک الوزن اشتغلت ذمته بما نقص و إن جرت علی الموزون المعین باعتقاد المشتری أنه بذلک الوزن فسدت المعاوضة فی الجمیع للزوم الربا و لو جرت علیه علی أنه بذلک الوزن یجعل ذلک عنوانا للعوض فحصل الاختلاف بین العنوان و المشار إلیه لم یبعد الصحة و یمکن ابتناؤه علی أن لاشتراط المقدار مع تخلفه قسطا من

العوض أم لا فعلى الأول يصح دون الثاني

التنجيم

المسألة السادسة التنجيم حرام

اشارة

المسألة السادسة التنجيم حرام

و هو كما في جامع المقاصد الإخبار عن أحكام النجوم باعتبار الحركات الفلكية و الاتصالات الكوكبية و توضيح المطلب يتوقف على الكلام في مقامات

الأول الظاهر أنه لا يحرم الإخبار عن الأوضاع الفلكية المبتنية على سير الكواكب

اشارة

الأول الظاهر أنه لا يحرم الإخبار عن الأوضاع الفلكية المبتنية على سير الكواكب

كالخسوف الناشئ عن حيلولة الأرض بين النيرين و الكسوف الناشئ عن حيلولة القمر أو غيره بل يجوز الإخبار بذلك إما جزما إذا استند إلى ما يعتقده برهانا أو ظنا إذا استند إلى الأمارات

و قد اعترف بذلك جملة ممن أنكر التنجيم

و قد اعترف بذلك جملة ممن أنكر التنجيم

منهم السيد المرتضى و الشيخ أبو الفتح الكراجكي فيما حكى عنهما في رد الاستدلال على إصابتهم في الأحكام بإصابتهم في الأوضاع ما حاصله أن الكسوفات و اقتران الكواكب و انفصالها من باب الحساب و سير الكواكب و له أصول صحيحة و قواعد سديدة و ليس كذلك ما يدعونه عن تأثير الكواكب في الخير و الشر و النفع و الضرر و لو لم يكن الفرق بين الأمرين إلا الإصابة الدائمة المتصلة في الكسوفات و ما يجري مجراها فلا يكاد يبين فيها خطأ و أن الخطأ الدائم المعهود إنما هو في الأحكام حتى أن الصواب فيها عزيز و ما يتفق فيها من الإصابة قد يتفق من المخمن أكثر منه فحمل أحد الأمرين على الآخر بهت و قلة دين و حياء انتهى المحكي من كلام السيد رحمه الله و قد أشار إلى جواز ذلك في جامع المقاصد مؤيدا ذلك بما ورد من كراهة السفر و التزويج في برج العقرب.

[عدم الإصابة الدائمة في إخبار الفلكين بالأوضاع]

[عدم الإصابة الدائمة في إخبار الفلكين بالأوضاع]

لكن ما ذكره السيد رحمه الله عن الإصابة الدائمة في الإخبار عن الأوضاع محل نظر لأن خطأهم في الحساب في غاية الكثرة و لذلك لا يجوز الاعتماد في ذلك على عدولهم فضلا عن فساقهم لأن حساباتهم مبتنية على أمور نظرية مبتنية على نظريات أخرى إلا فيما هو كالبديهي مثل إخبارهم بكون القمر في هذا اليوم في برج العقرب و انتقال الشمس عن برج إلى برج في هذا اليوم و إن كان يقع الاختلاف بينهم فيما يرجع إلى تفاوت يسير و يمكن الاعتماد في مثل ذلك على شهادة عدلين منهم إذا احتاج الحاكم لتعيين أجل

دین أو نحوه.

الثانی یجوز الإخبار بحدوث الأحکام عن الاتصالات و الحرکات المذکورة

اشارة

الثانی یجوز الإخبار بحدوث الأحکام عن الاتصالات و الحرکات المذکورة
بأن یحکم بوجود کذا فی المستقبل عند الوضع المعین من القرب و البعد و المقابلة و الاقتران بین الکوکبین إذا کان علی وجه الظن المستند إلی تجربة محصلة أو منقولة فی وقوع تلک الحادثة بإرادة الله عند الوضع الخاص من دون اعتقاد ربط بینهما أصلا بل الظاهر حینئذ جواز الإخبار علی وجه القطع إذا استند إلی تجربة قطعیة إذ لا حرج علی من حکم قطعا بالمطر فی هذه اللیلة نظرا إلی ما جربه من نزول کلبه عن السطح إلی داخل البیت مثلا

[قصة المحقق نصیر الدین الطوسی و الطحان]

[قصة المحقق نصیر الدین الطوسی و الطحان]
کما حکی أنه اتفق ذلک لمروج هذا العلم بل محییه نصیر الملة و الدین حیث نزل فی بعض أسفاره علی طحان له طاحونة خارج البلد فلما دخل منزله صعد السطح لحرارة الهواء فقال له صاحب المنزل انزل و نم فی البیت تحفظا من المطر فنظر المحقق إلی الأوضاع الفلکیة فلم یر شیئا فیما هی مظنة للتأثیر فی المطر فقال صاحب المنزل إن لی کلبا ینزل فی کل لیلة یحس المطر فیها إلی البیت فلم یقبل منه المحقق ذلک و بات فوق السطح فجاءه المطر فی اللیل و تعجب المحقق. ثم إن ما سیجیء فی عدم جواز تصدیق المنجم یراد به غیر هذا أو ینصرف إلی غیره لما عرفت من معنی التنجیم

الثالث الإخبار عن الحادثات و الحکم بها مستندا إلی تأثیر الاتصالات المذکورة

اشارة

الثالث الإخبار عن الحادثات و الحکم بها مستندا إلی تأثیر الاتصالات المذکورة
فیها بالاستقلال أو بالمدخلیة و هو المصطلح علیه بالتنجیم فظاهر الفتاوی و النصوص حرمته مؤکدة

[النصوص الدالة علی الحرمة]

اشارة

[النصوص الدالة علی الحرمة]
فقد أرسل المحقق فی المعتبر عن النبی ص: أنه من صدق منجما أو کاهنا فقد کفر بما أنزل علی محمد ص و هو یدل علی حرمة حکم المنجم بأبلغ وجه. و فی روایة نصر بن قابوس عن الصادق ع: إن المنجم ملعون و الکاهن ملعون و الساحر ملعون

[محاورة أمیر المؤمنین (ع) مع بعض المنجمین]

[محاورة أمیر المؤمنین (ع) مع بعض المنجمین]
و فی نهج البلاغة: أنه ع لما أراد المسیر إلی بعض أسفاره فقال له بعض أصحابه إن سرت فی هذا الوقت خشیت أن لا تظفر بمرادک

من طريق علم النجوم فقال ع له أ تزعم أنك تهدى إلى الساعة التى من سار فيها انصرف عنه السوء و تخوف من الساعة التى من سار فيها حاق به الضر فمن صدقك بهذا فقد كذب القرآن و استغنى عن الاستعانة بالله فى نيل المحبوب و دفع المكروه إلى أن قال ع أيها الناس إياكم و تعلم النجوم إلا ما يهتدى به فى بر أو بحر فإنها تدعو إلى الكهانة و الكاهن كالساحر و الساحر كالكافر و الكافر فى النار إلخ

[محاورة أمير المؤمنين (ع) مع منجم آخر]

[محاورة أمير المؤمنين (ع) مع منجم آخر]

و قريب منه ما وقع [بعينه] بينه و بين منجم آخر نهاه عن المسير أيضا: فقال ع له أ تدرى ما فى بطن هذه الدابة أ ذكر أم أنثى قال إن حسبت علمت قال فمن صدقك على هذا القول فقد كذب القرآن قال الله إِنَّ اللَّهَ عِنْدَهُ عِلْمُ السَّاعَةِ وَ يُنَزِّلُ الْغَيْثَ وَ يَعْلَمُ ما فِی الْأَرْحامِ الآية [وَ ما تَدْرِی نَفْسٌ ما ذا تَكْسِبُ غَداً وَ ما تَدْرِی نَفْسٌ بِأَيِّ أَرْضٍ تَمُوتُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ] ما كان محمد ص يدعى ما ادعيت أ تزعم أنك تهدى إلى الساعة التى من سار فيها صرف عنه السوء و الساعة التى من سار فيها حاق به الضر من صدقك بهذا استغنى بقولك عن الاستعانة بالله فى ذلك الوجه و أحوج إلى الرغبة إليك فى دفع المكروه عنه

[قول الصادق عليه السلام لعبد الملك بن أعين أحرق كتبك]

[قول الصادق عليه السلام لعبد الملك بن أعين أحرق كتبك]

و فى رواية عبد الملك بن أعين المروية عن الفقيه: قلت لأبى عبد الله ع إنى قد ابتليت

المكاسب، ج ۱، ص ۲۶

بالنظر فى النجوم فأريد الحاجة فإذا نظرت إلى الطالع و رأيت الطالع الشر جلست و لم أذهب فيها و إذا رأيت طالع الخير ذهبت فى الحاجة فقال لى تقضى قلت نعم قال أحرق كتبك

[رواية المفضل بن عمر فى قوله تعالى و إذ ابتلى إبراهيم ربه بكلمات]

[رواية المفضل بن عمر فى قوله تعالى و إذ ابتلى إبراهيم ربه بكلمات]

و فى رواية المفضل بن عمر المروية عن معانى الأخبار فى قوله تعالى وَ إِذِ ابْتَلى إِبْراهِيمَ رَبُّهُ بِكَلِماتٍ قال و أما الكلمات فمنها ما ذكرناه و منها المعرفة بقدم بارئه و توحيده و تنزيهه عن التشبيه حتى النظر إلى الكواكب و القمر و الشمس و استدل بأفول كل واحد منها على حدوثه و بحدوثه على محدثة ثم أعلمه عز و جل أن الحكم بالنجوم خطأ.

[جواز النظر فى النجوم لمجرد التفؤل إن فهم الخير و التحذر بالصدقة إن فهم الشر]

[جواز النظر فى النجوم لمجرد التفؤل إن فهم الخير و التحذر بالصدقة إن فهم الشر]

ثم إن مقتضى الاستفصال فى رواية عبد الملك المتقدمة بين القضاء بالنجوم بعد النظر و عدمه: أنه لا بأس بالنظر إذا لم يقض به بل أريد به مجرد التفاؤل إن فهم الخير و التحذر بالصدقة إن فهم الشر كما يدل عليه ما عن المحاسن عن أبيه عن ابن أبى عمير عن عمر بن أذينة عن سفيان بن عمر قال: كنت أنظر فى النجوم و أعرفها و أعرف الطالع فيدخلنى من ذلك شىء فشكوت ذلك إلى أبى الحسن ع فقال إذا وقع فى نفسك شىء فتصدق على أول مسكين ثم امض فإن الله عز و جل يدفع عنك.

[الحكم بالنجوم مع الاعتقاد بأن الله يمحو ما يشاء و يثبت]

[الحكم بالنجوم مع الاعتقاد بأن الله يمحو ما يشاء و يثبت]
و لو حكم بالنجوم على جهة أن مقتضى الاتصال الفلانى و الحركة الفلانية الحادثة الواقعية و إن كان الله يمحو ما يشاء و يثبت لم يدخل أيضا فى الأخبار الناهية لأنها ظاهرة فى الحكم على سبيل البت كما يظهر من قوله ع: فمن صدقك بهذا فقد استغنى عن الاستعانة بالله فى دفع المكروه بالصدقة و الدعاء و غيرهما من الأسباب نظير تأثير نحوسة الأيام الواردة فى الروايات و رد نحوستها بالصدقة إلا أن جوازها مبنى على جواز اعتقاد الاقتضاء فى العلويات للحوادث السفلية و سيجىء إنكار المشهور لذلك و إن كان يظهر ذلك من المحدث الكاشانى

[جواز الإخبار لا بنحو اقتضاء الأوضاع الفلكية]

[جواز الإخبار لا بنحو اقتضاء الأوضاع الفلكية]
و لو أخبر بالحوادث بطريق جريان العادة على وقوع الحادثة عند الحركة الفلانية من دون اقتضاء لها أصلا فهو أسلم- قال فى الدروس و لو أخبر بأن الله تعالى يفعل كذا عند كذا لم يحرم و إن كره انتهى.

الرابع اعتقاد ربط الحركات الفلكية بالكائنات

اشارة

الرابع اعتقاد ربط الحركات الفلكية بالكائنات
و الربط يتصور على وجوه

الأول الاستقلال فى التأثير

اشارة

الأول الاستقلال فى التأثير
بحيث يمتنع التخلف عنها امتناع تخلف المعلول عن العلة العقلية

و ظاهر كثير من العبارات كون هذا كفرا

و ظاهر كثير من العبارات كون هذا كفرا
. قال السيد المرتضى رحمه الله فيما حكى عنه و كيف يشتبه على مسلم بطلان أحكام التنجيم و قد أجمع المسلمون قديما و حديثا على تكذيب المنجمين و الشهادة بفساد مذهبهم و بطلان أحكامهم و معلوم من دين الرسول ضرورة تكذيب ما يدعيه المنجمون و الإزراء عليهم و التعجيز لهم و فى الروايات عنه ص ما لا يحصى كثرة و كذا عن علماء أهل بيته و خيار أصحابه و ما اشتهر بهذه الشهرة فى دين الإسلام كيف يفتى بخلافه منتسب إلى الملة و مصل إلى القبلة انتهى و قال العلامة فى المنتهى بعد ما أفتى بتحريم التنجيم و تعلم النجوم مع اعتقاد إنها مؤثرة أو أن لها مدخلا فى التأثير فى النفع و الضر و بالجملة كل من اعتقد ربط الحركات النفسانية و الطبيعية بالحركات الفلكية و الاتصالات الكوكبية كافر انتهى و قال الشهيد رحمه الله فى قواعده كل من اعتقد فى الكواكب أنها مدبرة لهذا العالم و موجدة له فلا ريب أنه كافر و قال فى جامع المقاصد و اعلم أن التنجيم مع اعتقاد أن للنجوم تأثيرا

فی الموجودات السفلیة و لو علی جهة المدخلیة حرام و کذا تعلم النجوم علی هذا النحو بل هذا الاعتقاد فی نفسه کفر نعوذ بالله انتهی و قال شیخنا البهائی ما زعمه المنجمون من ارتباط بعض الحوادث السفلیة بالأجرام العلویة إن زعموا أنها هی العلة المؤثرة فی تلک الحوادث بالاستقلال أو أنها شریکة فی التأثیر فهذا لا یحل للمسلم اعتقاده و علم النجوم المبتنی علی هذا کفر و علی هذا حمل ما ورد فی الحدیث عن التحذیر من علم النجوم و النهی عن اعتقاد صحته انتهی و قال فی البحار لا نزاع بین الأمة فی أن من اعتقد أن الکواکب هی المدبرة لهذا العالم و الخالقة لما فیه من الحوادث و الخیر و الشر فإنه یکون کافرا علی الإطلاق انتهی و عنه فی موضع آخر أن القول بأنها علة فاعلیة بالإرادة و الاختیار و إن توقف تأثیرها علی شرائط أخری کفر و مخالفة لضرورة الدین بل ظاهر الوسائل نسبة دعوی ضرورة الدین علی بطلان التنجیم و القول بکفر معتقده إلی جمیع علمائنا حیث قال قد صرح علماؤنا بتحریم علم النجوم و العمل بها و بکفر من اعتقد تأثیرها أو مدخلیتها فی التأثیر و ذکروا أن بطلان ذلک من ضروریات الدین انتهی.

[موافقة العامة علی هذا الحکم]

[موافقة العامة علی هذا الحکم]
بل یظهر من المحکی عن ابن أبی الحدید أن الحکم کذلک عند علماء العامة أیضا حیث قال فی شرح نهج البلاغة إن المعلوم ضرورة من الدین إبطال حکم النجوم و تحریم الاعتقاد بها و النهی و الزجر عن تصدیق المنجمین و هذا معنی قول أمیر المؤمنین ع فمن صدقک بهذا فقد کذب القرآن و استغنی عن الاستعانة بالله انتهی

[ظاهرهم لا فرق بین استلزامه إنکار الصانع و عدمه]

[ظاهرهم لا فرق بین استلزامه إنکار الصانع و عدمه]
ثم لا-فرق فی أکثر العبارات المذکورة بین رجوع الاعتقاد المذکور إلی إنکار الصانع جل ذکره کما هو مذهب بعض المنجمین. و بین تعطیله تعالی عن التصرف فی الحوادث السفلیة بعد خلق الأجرام العلویة علی وجه تتحرک علی النحو المخصوص سواء قیل بقدمها کما هو مذهب بعض آخر أم قیل بحدوثها و تفویض التدبیر إلیها کما هو المحکی عن ثالث منهم و بین أن لا یرجع إلی شیء من ذلک بأن یعتقد أن حرکة الأفلاک تابعة لإرادة الخالق فهی مظاهر لإرادة الخالق تعالی و مجبولة علی الحرکة علی طبق اختیار الصانع جل ذکره کالآلة أو بزیادة أنها مختارة باختیار هو عین اختیاره تعالی عما یقول الظالمون. لکن ما تقدم فی بعض الأخبار من أن المنجم بمنزلة الکاهن الذی هو بمنزلة الساحر الذی هو بمنزلة الکافر من عدا الفرق الثلاث الأول إذ الظاهر عدم الإشکال فی کون الفرق الثلاث- من أکفر الکفار لا بمنزلتهم.

[معنی کون تصدیق المنجم کفرا]

[معنی کون تصدیق المنجم کفرا]
و منه یظهر أن ما رتبه ع علی تصدیق المنجم من کونه تکذیبا للقرآن و کونه موجبا للاستغناء عن الاستعانة بالله فی جلب الخیر و دفع الشر یراد منه إبطال قوله بکونه مستلزما لما هو فی الواقع مخالف للضرورة من تکذیب القرآن و الاستغناء عن الله کما هی طریقة کل مستدل من إنهاء بطلان التالی إلی ما هو بدیهی البطلان عقلا أو شرعا أو حسا أو عادة و لا یلزم من مجرد ذلک الکفر و إنما یلزم ممن التفت إلی الملازمة و اعترف باللازم و إلا فکل من أفتی بما هو مخالف لقول الله واقعا إما لعدم تفطنه لقول الله أو لدلالته یکون مکذبا للقرآن. و أما قوله ص: فمن صدق منجما أو کاهنا فقد کفر بما أنزل علی محمد فلا یدل أیضا علی کفر المنجم و إنما یدل

على كذبه فيكون تصديقه تكذيبا للشارع المكذب له و يدل عليه عطف أو كاهن عليه.

[لا بد فی تكفیر المنجم من مطابقة ما یعتقده لإحدى موجبات الكفر]

[لا بد فی تكفیر المنجم من مطابقة ما یعتقده لإحدى موجبات الكفر]

و بالجملة فلم یظهر من الروایات تكفیر المنجم بالمعنى الذی تقدم للتنجیم فی صدر عنوان المسألة كفرا حقیقیا فالواجب الرجوع فیما یعتقده المنجم إلى ملاحظة مطابقته لأحد موجبات الكفر من إنكار الصانع أو غیره مما علم من الدین بدیهة و لعله لذا اقتصر الشهید فیما تقدم من القواعد فی تكفیر المنجم على من یعتقد فی الكواكب أنها مدبرة لهذا العالم و موجدة له و لم یكفر غیر هذا الصنف كما سیجیء تتمة كلامه السابق و لا شك أن هذا الاعتقاد إنكار إما للصانع و إما لما هو ضروری الدین من فعله تعالى و هو إیجاد العالم و تدبیره

[ما أفاده السید شارح النخبة]

[ما أفاده السید شارح النخبة]

بل الظاهر من كلام بعض اصطلاح لفظ التنجیم فی الأول. قال السید شارح النخبة إن المنجم من یقول بقدم الأفلاك و النجوم و لا یقولون بمفلك و لا خالق و هم فرقة من الطبیعیین یستمطرون بالأنواء معدودون من فرق الكفر فی مسفورات الخاصة و العامة یعتقدون فی الإنسان أنه كسائر الحیوانات یأكل و یشرب و ینكح ما دام حیا فإذا مات بطل و اضمحل و ینكرون جمیع الأصول الخمسة انتهى ثم قال رحمه الله و أما هؤلاء الذین یستخرجون بعض أوضاع السیارات و ربما یتخرصون علیها بأحكام مبهمة متشابهة ینقلونها تقلیدا لبعض ما وصل إلیهم من كلمات الحكماء الأقدمین مع صحة عقائدهم الإسلامیة فغیر معلوم دخولهم فی المنجمین الذین ورد فیهم من المطاعن ما ورد انتهى.

[نقد كلام السید]

[نقد كلام السید]

أقول فیه مضافا إلى عدم انحصار الكفار من المنجمین فیمن ذكر بل هم على فرق ثلاث كما أشرنا إلیه و سیجیء التصریح به من البحار فی مسألة السحر أن النزاع المشهور بین المسلمین فی صحة التنجیم و بطلانه هو المعنى الذی ذكره أخیرا و كما عرفت فی جامع المقاصد- و المطاعن الواردة فی الأخبار المتقدمة و غیرها كلها أو جلها على هؤلاء دون المنجم بالمعنى الذی ذكره أولا و ملخص الكلام أن ما ورد فیهم من المطاعن لا صراحة فیها بكفرهم بل ظاهر ما عرفت خلافه. و یؤیده ما رواه فی البحار: عن محمد و هارون ابنی سهل النوبختی أنهما كتبا إلى أبی عبد الله ع نحن ولد نوبخت المنجم و قد كنا كتبنا إلیك هل یحل النظر فیها فكتب نعم و المنجمون یختلفون فی صفة الفلك فبعضهم یقولون إن الفلك فیه النجوم و الشمس و القمر إلى أن قال فكتب ع نعم ما لم یخرج من التوحید.

الثانی أنها تفعل الآثار المنسوبة إلیها

اشارة

الثانی أنها تفعل الآثار المنسوبة إلیها

و الله سبحانه هو المؤثر الأعظم كما یقوله بعضهم على ما ذكره العلامة و غیره

[ما أفاده العلامة فی أنوار الملکوت]

[ما أفاده العلامة فی أنوار الملکوت]
قال العلامة فی محکی شرح فص الیاقوت اختلف قول المنجمین علی قولین أحدهما قول من یقول إنها حیة مختارة الثانی قول من یقول إنها موجبة و القولان باطلان. و قد تقدم عن المجلسی رحمه الله أن القول بکونها فاعلة بالإرادة و الاختیار و إن توقف تأثیرها علی شرائط أخر کفر و هو ظاهر أکثر العبارات المتقدمة. و لعل وجهه أن نسبة الأفعال التی دلت علی ضرورة الدین علی استنادها إلی الله تعالی کالخلق و الرزق و الإحیاء و الإماتة و غیرها إلی غیره تعالی مخالف لضرورة الدین.

[ظاهر الشهید فی قواعده عدم کفر المعتقد بذلک]

[ظاهر الشهید فی قواعده عدم کفر المعتقد بذلک]
لکن ظاهر شیخنا الشهید فی القواعد العدم فإنه بعد ما ذکر الکلام الذی نقلناه منه سابقا قال و إن اعتقد أنها تفعل الآثار المنسوبة إلیها و الله سبحانه هو المؤثر الأعظم فهو مخطئ إذ لا حیاة لهذه الکواکب ثابتة بدلیل عقلی و لا نقلی انتهی. و ظاهره أن عدم القول بذلک لعدم المقتضی له و هو الدلیل لا لوجود المانع منه و هو انعقاد الضرورة علی خلافه فهو ممکن غیر معلوم الوقوع.

[توجیه ما ذکره الشهید]

[توجیه ما ذکره الشهید]
و لعل وجهه أن الضروری عدم نسبة تلک الأفعال إلی فاعل مختار باختیار مستقل مغایر لاختیار الله کما هو ظاهر قول المفوضة أما استنادها إلی الفاعل بإرادة الله المختار بعین مشیته و اختیاره حتی یکون کالآلة بزیادة الشعور و قیام الاختیار به بحیث یصدق أنه فعله و فعل الله فلا إذ المخالف للضرورة إنکار نسبة الفعل إلی الله تعالی علی وجه الحقیقة لا إثباته لغیره أیضا بحیث یصدق أنه فعله. نعم ما ذکره الشهید رحمه الله من عدم الدلیل علیه حق فالقول به تخرص و نسبة فعل الله إلی غیره بلا دلیل و هو قبیح. و ما ذکره قدس سره کان مأخذه ما فی الاحتجاج عن هشام بن الحکم قال: سأل الزندیق أبا عبد الله ع فقال ما تقول فیمن یزعم أن هذا التدبیر الذی یظهر فی هذا العالم تدبیر النجوم السبعة قال ع یحتاجون إلی دلیل أن هذا العالم الأکبر و العالم الأصغر من تدبیر النجوم التی تسبح فی الفلک و تدور حیث دارت متبعة لا تفتر و سائرة لا تقف ثم قال و إن کل نجم منها موکل مدبر فهی بمنزلة العبید المأمورین المنهیین فلو کانت قدیمة أزلیة لم تتغیر من حال إلی حال إلی آخر الخبر و الظاهر أن قوله بمنزلة العبید المأمورین المنهیین یعنی فی حرکاتهم لا أنهم مأمورون بتدبیر العالم بحرکاتهم فهی مدبرة باختیاره المنبعث عن أمر الله تعالی.

[ما أفاده المحدث الکاشانی]

[ما أفاده المحدث الکاشانی]
نعم ذکر المحدث الکاشانی فی الوافی فی توجیه البداء کلاما ربما یظهر منه مخالفة المشهور حیث قال فاعلم أن القوی المنطبعة الفلکیة لم تحط بتفاصیل ما سیقع من الأمور دفعة واحدة لعدم تناهی تلک الأمور بل إنما تنقش فیها الحوادث شیئا فشیئا [و جملة فجملة مع أسبابها و عللها علی نهج مستمر و نظام مستقر] فإن ما یحدث فی عالم الکون و الفساد إنما هو من لوازم حرکات الأفلاک المسخرة لله و نتائج برکاتها فهی تعلم أنه کلما کان کذا کان کذا انتهی موضع الحاجة و ظاهره أنها فاعلة بالاختیار لملزومات الحوادث.

و بالجملة فكفر المعتقد بالربط على هذا الوجه الثانى لم يظهر من الأخبار و مخالفتها لضرورة الدين لم يثبت أيضا إذ ليس المراد العلية التامة فكيف و قد حاول المحدث الكاشانى بهذه المقدمات إثبات البداء.

الثالث استناد الأفعال إليها كإسناد الإحراق إلى النار

[ظاهر كثير كون هذا الاعتقاد كفرا]

[ظاهر كثير كون هذا الاعتقاد كفرا]

و ظاهر كلمات كثير ممن تقدم كون هذا الاعتقاد كفرا إلا أنه قال شيخنا المتقدم فى قواعده بعد الوجهين الأولين و أما ما يقال من استناد الأفعال إليها كاستناد الإحراق إلى النار و غيرها من العاديات بمعنى أن الله تعالى أجرى عادته أنها إذا كانت على شكل مخصوص أو وضع مخصوص يفعل ما ينسب إليها و يكون ربط المسببات بها كربط مسببات الأدوية و الأغذية بها مجازا باعتبار الربط العادى لا الربط العقلى الحقيقى فهذا لا يكفر معتقده لكنه مخطئ و إن كان أقل خطأ من الأول لأن وقوع هذه الآثار عندها

المكاسب، ج ۱، ص ۲۸

ليس بدائم و لا- أكثرى انتهى. و غرضه من التعليل المذكور الإشارة إلى عدم ثبوت الربط العادى لعدم ثبوته بالحس كالحرارة الحاصلة بسبب النار و الشمس و برودة القمر و لا بالعادة الدائمة و لا الغالبة لعدم العلم بتكرر الدفعات كثيرا حتى يحصل العلم أو الظن ثم على تقديره فليس فيه دلالة على تأثير تلك الحركات فى الحوادث فلعل الأمر بالعكس أو كلتاهما مستندتان إلى مؤثر ثالث فيكونان من المتلازمين فى الوجود. و بالجملة فمقتضى ما ورد من أنه أبى الله أن يجرى الأشياء إلا بأسبابها كون كل حادث مسببا و إما أن السبب هى الحركة الفلكية أو غيرها فلم يثبت و لم يثبت أيضا كونه مخالفا لضرورة الدين.

[ظاهر بعض الأخبار ثبوت التأثير للكواكب]

[ظاهر بعض الأخبار ثبوت التأثير للكواكب]

بل فى بعض الأخبار ما يدل بظاهره على ثبوت التأثير للكواكب مثل ما فى الاحتجاج عن أبان بن تغلب: فى حديث اليمانى الذى دخل على أبى عبد الله ع و سماه باسمه الذى لم يعلمه أحد و هو سعد فقال له يا سعد و ما صناعتك قال إنا من أهل بيت ننظر فى النجوم إلى أن قال ع ما اسم النجم الذى إذا طلع هاجت الإبل فقال ما أدرى قال صدقت قال ما اسم النجم الذى إذا طلع هاجت البقر قال ما أدرى قال صدقت فقال ما اسم النجم الذى إذا طلع هاجت الكلاب قال ما أدرى قال صدقت فقال ما زحل عندكم فقال سعد نجم نحس فقال له أبو عبد الله ع لا تقل هذا فإنه نجم أمير المؤمنين ع و هو نجم الأوصياء و هو النجم الثاقب الذى قال الله تعالى فى كتابه [النَّجْمُ الثّاقِبُ] و فى رواية المدائنى المروية عن الكافى عن أبى عبد الله ع قال: إن الله خلق نجما فى الفلك السابع فخلقه من ماء بارد و خلق سائر النجوم الجاريات من ماء حار و هو نجم الأوصياء و الأنبياء و هو نجم أمير المؤمنين ع يأمر بالخروج من الدنيا و الزهد فيها و يأمر بافتراش التراب و توسد اللبن و لباس الخشن و أكل الجشب و ما خلق الله نجما أقرب إلى الله [تعالى] منه [إلى آخر الخبر] و الظاهر أن أمر النجم بما ذكر من المحاسن كناية عن اقتضائه لها.

الرابع أن يكون ربط الحركات بالحوادث

اشارة

الرابع أن يكون ربط الحركات بالحوادث

من قبيل ربط الكاشف و المكشوف و الظاهر أن هذا الاعتقاد لم يقل أحد بكونه كفرا

[قول الشيخ البهائى فهذا لا مانع منه و لا حرج فى اعتقاده]

[قول الشيخ البهائى فهذا لا مانع منه و لا حرج فى اعتقاده]

قال شيخنا البهائى رحمه الله بعد كلامه المتقدم الظاهر فى تكفير من قال بتأثير الكواكب أو مدخليتها ما هذا لفظه و إن قالوا إن اتصالات تلك الأجرام و ما يعرض لها من الأوضاع علامات على بعض حوادث هذا العالم مما يوجده الله سبحانه بقدرته و إرادته كما أن حركات النبض و اختلافات أوضاعه علامات يستدل بها الطبيب على ما يعرض للبدن من قرب الصحة و اشتداد المرض و نحوه و كما يستدل باختلاج بعض الأعضاء على بعض الأحوال المستقبلة فهذا لا مانع منه و لا حرج فى اعتقاده و ما روى فى صحة علم النجوم و جواز تعلمه محمول على هذا المعنى انتهى.

[ما أفاده العلامة]

[ما أفاده العلامة]

و ممن يظهر منه خروج هذا عن مورد طعن العلماء على المنجمين ما تقدم من قول العلامة رحمه الله إن المنجمين بين قائل بحياة الكواكب و كونها فاعلة مختارة و بين من قال إنها موجبة

[ما يظهر من كلام السيد المرتضى]

[ما يظهر من كلام السيد المرتضى]

و يظهر ذلك من السيد رحمه الله حيث قال بعد إطالة الكلام فى التشنيع عليهم ما هذا لفظه المحكى و ما فيهم أحد يذهب إلى أن الله تعالى أجرى العادة بأن يفعل عند قرب بعضها من بعض أو بعده أفعالا من غير أن يكون للكواكب أنفسها تأثير فى ذلك قال و من ادعى منهم هذا المذهب الآن فهو قائل بخلاف ما ذهب إليه القدماء و منتحل بهذا المذهب عند أهل الإسلام انتهى

[إنكار السيد ابن طاوس على علم الهدى]

[إنكار السيد ابن طاوس على علم الهدى]

لكن ظاهر المحكى عن ابن طاوس إنكار السيد رحمه الله لذلك حيث إنه بعد ما ذكر أن للنجوم علامات و دلالات على الحادثات لكن يجوز للقادر الحكيم تعالى أن يغيرها بالبر و الصدقة و الدعاء و غير ذلك من الأسباب و جوز تعلم علم النجوم و النظر فيه و العمل به إذا لم يعتقد أنها مؤثرة و حمل أخبار النهى على ما إذا اعتقد أنها كذلك ثم أنكر على علم الهدى تحريم ذلك ثم ذكر لتأييد ذلك أسماء جماعة من الشيعة كانوا عارفين به انتهى. و ما ذكر رحمه الله حق إلا أن مجرد كون النجوم دلالات و علامات لا يجدى مع عدم الإحاطة بتلك العلامات و معارضاتها و الحكم مع عدم الإحاطة لا يكون قطعيا بل و لا ظنيا

[خلاصة ما أنكره السيد أمران]

[خلاصة ما أنكره السيد أمران]

و السيد علم الهدى إنما أنكر من المنجمين أمرين أحدهما اعتقاد التأثير و قد اعترف به ابن طاوس و الثانى غلبة الإصابة فى أحكامهم كما تقدم منه ذلك فى صدر المسألة و هذا أمر معلوم بعد فرض عدم الإحاطة بالعلامات و معارضاتها.

[ما أفاده الشيخ البهائى]

[ما أفاده الشيخ البهائى]
و لقد أجاد شيخنا البهائى أيضا حيث أنكر الأمرين و قال بعد كلامه المتقدم فى إنكار التأثير و الاعتراف بالأمارة و العلامة اعلم أن الأمور التى يحكم بها المنجمون من الحوادث الاستقبالية أقسام لها أصول بعضها مأخوذة من أصحاب الوحى ع و بعضها يدعون لها التجربة و بعضها مبتن على أمور متشعبة لا تفى القوة البشرية بضبطها و الإحاطة بها كما يومئ إليه قول الصادق ع: كثيره لا يدرك و قليله لا ينتفع به و لذلك وجد الاختلاف فى كلامهم و تطرق الخطأ إلى بعض أحكامهم و من اتفق له الجرى على الأصول الصحيحة صح كلامه و صدقت أحكامه لا محالة كما نطق به الإمام الصادق ع و لكن هذا أمر عزيز المنال لا يظفر به إلا القليل و الله الهادى إلى سواء السبيل انتهى.

[ما أفاده الشيخ البهائى هو الذى صرح به الإمام الصادق عليه السلام]

اشارة

[ما أفاده الشيخ البهائى هو الذى صرح به الإمام الصادق عليه السلام]
و ما أفاده رحمه الله أولا من الاعتراف بعدم بطلان كون الحركات الفلكية أمارات و علامات و آخرا من عدم النفع فى علم النجوم إلا مع الإحاطة التامة هو الذى صرح به الإمام الصادق ع فى رواية هشام الآتية بقوله: إن أصل الحساب حق و لكن لا يعلم ذلك إلا من علم مواليد الخلق و يدل أيضا على كل من الأمرين الأخبار المتكثرة. فما يدل على الأول و هو ثبوت الدلالة و العلامة فى الجملة

[الأخبار الدالة على صحة علم النجوم فى نفسه]

[الأخبار الدالة على صحة علم النجوم فى نفسه]
مضافا إلى ما تقدم من رواية سعد المنجم المحمولة بعد الصرف عن ظاهرها الدال على سببية طلوع الكواكب لهيجان الإبل و البقر و الكلاب على كونه أمارة و علامة عليه المروى فى الاحتجاج: عن رواية الدهقان المنجم الذى استقبل أمير المؤمنين حين خروجه إلى النهروان فقال له يومك هذا يوم صعب قد انقلب منه كوكب و انقدح من برجك النيران و ليس لك الحرب بمكان فقال ع له أيها الدهقان المنبئ عن الآثار المحذر عن الأقدار ثم سأله عن مسائل كثيرة من النجوم فاعترف الدهقان بجهلها إلى أن قال ع له أما قولك انقدح من برجك النيران فكان الواجب أن تحكم به لى لا على أما نوره و ضياؤه فعندى و أما حريقه و لهبه فذهب عنى فهذه مسألة عميقة فاحسبها إن كنت حاسبا و فى رواية أخرى أنه ع قال له احسبها إن كنت عالما بالأكوار و الأدوار قال لو علمت هذا لعلمت أنك تحصى عقود القصب فى

المكاسب، ج۱، ص ۲۹

هذه الأجمة و فى الرواية الآتية لعبد الرحمن بن سيابة: هذا حساب إذا حسبه الرجل و وقف عليه عرف القصبة التى فى وسط الأجمة و عدد ما عن يمينها و عدد ما عن يسارها و عدد ما خلفها و عدد ما أمامها حتى لا يخفى عليه من قصب الأجمة واحدة

[عدة أخبار أوردها فى البحار]

[عدة أخبار أوردها فى البحار]
و فى البحار وجد فى كتاب عتيق عن عطاء قال: قيل لعلى بن أبى طالب ع هل كان للنجوم أصل قال نعم نبى من الأنبياء قال له قومه

إنا لا نؤمن بك حتى تعلمنا بدء الخلق و آجالهم فأوحى الله عز و جل إلى غمامة فأمطرتهم و استنقع حول الجبل ماء صاف ثم أوحى الله [عز و جل] إلى الشمس و القمر و النجوم أن تجرى فى ذلك الماء ثم أوحى الله [عز و جل] إلى ذلك النبى أن يرتقى هو و قومه على الجبل فقاموا على الماء حتى عرفوا بدء الخلق و آجاله بمجارى الشمس و القمر و النجوم و ساعات الليل و النهار و كان أحدهم يعرف متى يموت و متى يمرض و من ذا الذى يولد له و من ذا الذى لا يولد له فبقوا كذلك برهة من دهرهم ثم إن داود ع قاتلهم على الكفر فأخرجوا على داود ع فى القتال من لم يحضر أجله و من حضر أجله خلفوه فى بيوتهم فكان يقتل من أصحاب داود و لا يقتل من هؤلاء أحد فقال داود ع رب أقاتل على طاعتك و يقاتل هؤلاء على معصيتك يقتل أصحابى و لا يقتل من هؤلاء أحد فأوحى الله عز و جل إليه أنى علمتهم بدء الخلق و آجالهم و إنما أخرجوا إليك من لم يحضره أجله و من حضر أجله خلفوه فى بيوتهم فمن ثم يقتل من أصحابك و لا يقتل منهم أحد قال داود ع رب على ما ذا علمتهم قال على مجارى الشمس و القمر و النجوم و ساعات الليل و النهار قال فدعا الله عز و جل فحبس الشمس عليهم فزاد النهار و لم يعرفوا قدر الزيادة فاختلط حسابهم قال على ع فمن ثم كره النظر فى علم النجوم و فى البحار أيضا عن الوافى بالإسناد عن أبى عبد الله ع قال: سئل عن النجوم فقال لا يعلمها إلا أهل بيت من العرب و أهل بيت من الهند و بالإسناد عن محمد بن سالم قال قال أبو عبد الله ع: قوم يقولون النجوم أصح من الرؤيا و ذلك كانت صحيحة حين لم ترد الشمس على يوشع بن نون و أمير المؤمنين ع فلما رد الله الشمس عليهما ضل فيها علوم علماء النجوم و خبر يونس قال: قلت لأبى عبد الله ع جعلت فداك أخبرنى عن علم النجوم ما هو قال هو علم من علوم الأنبياء قال فقلت كان على بن أبى طالب ع يعلمه قال كان أعلم الناس به و خبر ريان بن الصلت قال: حضر عند أبى الحسن الرضا ع الصباح بن نصر الهندى و سأله عن النجوم فقال هو علم فى أصل صحيح ذكروا أن أول من تكلم فى النجوم إدريس ع و كان ذو القرنين بها ماهرا و أصل هذا العلم من [عند] الله [عز و جل] و عن معلى بن خنيس قال: سألت أبا عبد الله ع عن النجوم أ حق هى فقال نعم إن الله عز و جل بعث المشترى إلى الأرض فى صورة رجل فأخذ رجلا من العجم فعلمه فلم يستكملوا ذلك فأتى بلد الهند فعلم رجلا منهم فمن هناك صار علم النجوم بها. و قد قال قوم هو علم من علوم الأنبياء خصوا به لأسباب شتى فلم يستدرك المنجمون الدقيق منها فشاب الحق بالكذب إلى غير ذلك مما يدل على صحة علم النجوم فى نفسه.

[الأخبار الدالة على كثرة الخطإ و الغلط فى حساب المنجمين]

[الأخبار الدالة على كثرة الخطإ و الغلط فى حساب المنجمين]

و أما ما دل على كثرة الخطإ و الغلط فى حساب المنجمين فهى كثيرة منها ما تقدم فى الروايات السابقة مثل قوله ع فى الرواية الأخيرة فشابوا الحق بالكذب و قوله ع ضل فيها علماء النجوم و قوله ع فى تخطئة ما ادعاه المنجم من أن زحل عندنا كوكب نحس إنه كوكب أمير المؤمنين ع و الأوصياء و تخطئة أمير المؤمنين ع للدهقان الذى حكم بالنجوم بنحوسة اليوم الذى خرج فيه أمير المؤمنين ع. و منها خبر عبد الرحمن بن سيابة قال:

قلت لأبى عبد الله ع جعلت فداك إن الناس يقولون إن النجوم لا يحل النظر فيها و هى تعجبنى فإن كانت تضر بدينى فلا حاجة لى فى شىء يضر بدينى و إن كانت لا يضر بدينى فو الله إنى لأشتهيها و أشتهى النظر فيها فقال ليس كما يقولون لا يضر بدينك ثم قال إنكم تنظرون فى شىء كثيره لا يدرك و قليله لا ينتفع به إلى آخر الخبر و منها خبر هشام قال: قال لى أبو عبد الله ع كيف بصرك بالنجوم قلت ما خلقت بالعراق أبصر بالنجوم منى ثم سأله عن أشياء لم يعرفها ثم قال فما بال العسكرين يلتقيان فى هذا حاسب و فى هذا حاسب فيحسب هذا لصاحبه بالظفر و يحسب هذا لصاحبه بالظفر فيلتقيان فيهزم أحدهما الآخر فأين كانت النجوم قال فقلت لا و الله لا أعلم ذلك قال فقال ع صدقت إن أصل الحساب حق و لكن لا يعلم ذلك إلا من علم مواليد الخلق كلهم و منها المروى فى الاحتجاج عن أبى عبد الله ع فى حديث: إن زنديقا قال له ما تقول فى علم النجوم قال ع هو علم قلت منافعه و كثرت مضاره لأنه لا

یـدفع به المقـدور و لا یتقی به المحذور إن أخبر المنجم بالبلاء لم ینجه التحرز عن القضاء و إن أخبر هو بخیر لم یسـتطع تعجیله و إن حدث به سوء لم یمکنه صـرفه و المنجم یضاد الله فی علمه بزعمه أنه یرد قضاء الله عن خلقه إلی آخر الخبر إلی غیر ذلک من الأخبار الدالـۀ علی أن مـا وصـل إلیه المنجمون أقـل بقلیـل من أمـارات الحوادث من دون وصول إلی معارضاتهـا. و من تتبع هـذه الأخبار لم یحصل له ظن بالأحکام المسـتخرجۀ منها فضـلا عن القطع. نعم قـد یحصل من التجربۀ المنقولۀ خلفا عن سـلف الظن بل العلم بمقارنۀ حادث من الحوادث لبعض الأوضاع الفلکیۀ.

فالأولی التجنب عن الحکم بها

فالأولی التجنب عن الحکم بها
و مع الارتکاب فالأولی الحکم علی سبیل التقریب و أنه لا یبعد أن یقع کذا عند کذا و الله المسدد
حفظ کتب الضلال

المسألۀ السابعۀ حفظ کتب الضلال حرام

اشارة

المسألۀ السابعۀ حفظ کتب الضلال حرام
فی الجملۀ بلا خلاف کما فی التذکرة و المنتهی

[أدلۀ الحرمۀ]

[أدلۀ الحرمۀ]
و یدل علیه مضافا إلی حکم العقل بوجوب قطع مادة الفساد و الذم المستفاد من قوله تعالی وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ یَشْتَرِی لَهْوَ الْحَدِیثِ لِیُضِلَّ عَنْ سَبِیلِ اللَّهِ و الأمر بالاجتناب عن قول الزور قوله ع فیما تقـدم من روایـۀ تحف العقول: إنما حرم الله تعالی الصـناعۀ التی یجیء منها الفساد محضا إلی آخر الحدیث. بل قوله ع قبل ذلک: أو ما یقوی به الکفر فی جمیع وجوه المعاصی أو باب یوهن به الحق إلی آخره و قوله ع فی روایـۀ عبـد الملک المتقدمۀ: حیث شـکا إلی الإمام الصادق ع أنی ابتلیت بالنظر إلی النجوم فقال ع أ تقضـی قال نعم قال أحرق کتب بناء علی أن الأمر للوجوب دون الإرشاد للخلاص من الابتلاء بالحکم بالنجوم.

[جواز الحفظ إذا لم یترتب علی إبقائها مفسدة]

[جواز الحفظ إذا لم یترتب علی إبقائها مفسدة]
و مقتضـی الاستفصال فی هذه الروایۀ أنه إذا لم یترتب علی إبقاء کتب الضلال مفسدة لم یحرم و هذا أیضا مقتضی ما تقدم من إناطۀ التحریم بما یجیء منه الفساد محضا.

نعم المصلحۀ الموهومۀ أو المحققۀ النادرة لا اعتبار بها

نعم المصلحۀ الموهومۀ أو المحققۀ النادرة لا اعتبار بها

فلا يجوز الإبقاء بمجرد احتمال ترتب مصلحة على ذلك مع كون الغالب ترتب المفسدة و كذلك المصلحة النادرة غير المعتد بها. و قد

المكاسب، ج ۱، ص ۳۰

تحصل من ذلك أن حفظ كتب الضلال لا يحرم إلا من حيث ترتب مفسدة الضلالة قطعا أو احتمالا قريبا فإن لم يكن كذلك أو كانت المفسدة المحققة معارضة بمصلحة أقوى أو عارضت المفسدة المتوقعة مصلحة أقوى أو أقرب وقوعا منها فلا دليل على الحرمة إلا أن يثبت إجماع أو يلزم بإطلاق عنوان معقد نفى الخلاف الذى لا يقصر عن نقل الإجماع

[المراد بالضلال]

[المراد بالضلال]

و حينئذ فلا بد من تنقيح هذا العنوان و أن المراد بالضلال ما يكون باطلا فى نفسه فالمراد الكتب المشتملة على المطالب الباطلة أو أن المراد به مقابل الهداية فيحتمل أن يراد بكتبه ما وضع لحصول الضلال و أن يراد ما أوجب الضلال و إن كانت مطالبها حقه كبعض كتب العرفاء و الحكماء المشتملة على ظواهر منكرة يدعون أن المراد غير ظاهرها فهذه أيضا كتب ضلال على تقدير حقيتها.

ثم الكتب السماوية المنسوخة غير المحرفة

ثم الكتب السماوية المنسوخة غير المحرفة

لا- تدخل فى كتب الضلال. و أما المحرفة كالتوراة و الإنجيل على ما صرح به جماعة فهى داخلة فى كتب الضلال بالمعنى الأول بالنسبة إلينا حيث إنها لا توجب للمسلمين بعد بداهة نسخها ضلالة نعم توجب الضلالة لليهود و النصارى قبل نسخ دينهما فالأدلة المتقدمة لا تدل على حرمة حفظهما.

[ما قاله الشيخ رحمه الله فى المبسوط]

[ما قاله الشيخ رحمه الله فى المبسوط]

قال رحمه الله فى المبسوط فى باب الغنيمة من الجهاد فإن كان فى المغنم كتب نظر فيها فإن كانت مباحة يجوز إقرار اليد عليها مثل كتب الطب و الشعر و اللغة و المكاتبات فجميع ذلك غنيمة و كذلك المصاحف و علوم الشريعة كالفقه و الحديث [و نحوه] لأن هذا مال يباع و يشترى كالثياب و إن كانت كتبا لا يحل إمساكها كالكفر و الزندقة و ما أشبه ذلك فكل ذلك لا يجوز بيعه و ينظر فيه فإن كان مما ينتفع بأوعيته كالجلود و نحوها فإنها غنيمة و إن كان مما لا ينتفع بأوعيته كالكاغد فإنها تمزق و تحرق إذ ما من كاغذ إلا و له قيمة و حكم التوراة و الإنجيل هكذا كالكاغد فإنه يمزق لأنه كتاب مغير مبدل انتهى. و كيف كان فلم يظهر من معقد نفى الخلاف إلا حرمة ما كان موجبا للضلال و هو الذى دل عليه الأدلة المتقدمة.

[حكم الكتب الباطلة غير الموجبة للضلال]

[حكم الكتب الباطلة غير الموجبة للضلال]

نعم ما كان من الكتب جامعا للباطل فى نفسه من دون أن يترتب عليه ضلالة لا يدخل تحت الأموال فلا يقابل بالمال لعدم المنفعة المحللة المقصودة فيه مضافا إلى آيتى لهو الحديث و قول الزور أما وجوب إتلافها فلا دليل عليه.

[حكم تصانيف المخالفين]

[حكم تصانيف المخالفين]

و مما ذكرنا ظهر حكم تصانيف المخالفين في الأصول و الفروع و الحديث و التفسير و أصول الفقه و ما دونها من العلوم فإن المناط في وجوب الإتلاف جريان الأدلة المتقدمة فإن الظاهر عدم جريانها في حفظ شيء من تلك الكتب إلا القليل مما ألف في خصوص إثبات الجبر و نحوه و إثبات تفضيل الخلفاء أو فضائلهم و شبه ذلك

[استثناء الحفظ للنقض و الاحتجاج]

[استثناء الحفظ للنقض و الاحتجاج]

و مما ذكرنا أيضا يعرف وجه ما استثنوه في المسألة من الحفظ للنقض و الاحتجاج على أهلها أو للاطلاع على مطالبهم ليحصل به التقية أو غير ذلك و لقد أحسن جامع المقاصد حيث قال إن فوائد الحفظ كثيرة.

[لو كان بعض الكتاب موجبا للضلال]

[لو كان بعض الكتاب موجبا للضلال]

و مما ذكرنا يعرف أيضا حكم ما لو كان بعض الكتاب موجبا للضلال فإن الواجب رفعه و لو بمحو جميع الكتاب إلا أن يزاحم مصلحة وجوده لمفسدة وجود الضلال و لو كان باطلا في نفسه كان خارجا عن المالية- فلو قوبل بجزء من العوض المبذول يبطل المعاوضة بالنسبة إليه

[المراد بالحفظ المحرم]

[المراد بالحفظ المحرم]

ثم إن الحفظ المحرم يراد منه الأعم من الحفظ بظهر القلب و النسخ و المذاكرة و جميع ما له دخل في بقاء المطالب المضلة الرشوة

المسألة الثامنة الرشوة حرام

اشارة

المسألة الثامنة الرشوة حرام

و في جامع المقاصد و المسالك أن على تحريمها إجماع المسلمين

[أدلة حرمة الرشوة]

[أدلة حرمة الرشوة]

و يدل عليه الكتاب و السنة و في المستفيضة: أنه كفر بالله العظيم أو شرك ففي رواية الأصبغ بن نباتة عن أمير المؤمنين ع قال: أيما وال احتجب عن حوائج الناس احتجب الله عنه يوم القيامة و عن حوائجه و إن أخذ هدية كان غلولا و إن أخذ الرشوة فهو مشرك و عن الخصال في الصحيح عن عمار بن مروان قال: كل شيء غل من الإمام فهو سحت و السحت أنواع كثيرة منها ما أصيب من أعمال

الولاة الظلمة و منها أجور القضاة و أجور الفواجر و ثمن الخمر و النبيذ المسكر و الربا بعد البينة فأما الرشا يا عمار فى الأحكام فإن ذلك الكفر بالله العظيم و برسوله: و مثلها رواية سماعة عن أبى عبد الله ع: و فى رواية يوسف بن جابر: لعن رسول الله ص من نظر إلى فرج امرأة لا- تحل له و رجلا- خان أخاه فى امرأته و رجلا احتاج الناس إليه لفقهه فسألهم الرشوة و ظاهر هذه الرواية سؤال الرشوة لبذل فقهه فتكون ظاهرة فى حرمة أخذ الرشوة للحكم بالحق أو للنظر فى أمر المترافعين ليحكم بعد ذلك بينهما بالحق من غير أجرة.

[كلمات اللغويين حول الرشوة]

[كلمات اللغويين حول الرشوة]

و هذا المعنى هو ظاهر تفسير الرشوة فى القاموس بالجعل و إليه نظر المحقق الثانى حيث فسر فى حاشية الإرشاد الرشوة بما يبذله المتحاكمان. و ذكر فى جامع المقاصد أن الجعل من المتحاكمين للحاكم رشوة و هو صريح الحلى أيضا فى مسألة تحريم أخذ الرشوة مطلقا و إعطائها إلا- إذا كان على إجراء حكم صحيح فلا- يحرم على المعطى هذا و لكن عن مجمع البحرين قلما تستعمل الرشوة إلا- فيما يتوصل به إلى إبطال حق أو تمشية باطل و عن المصباح هى ما يعطيه الشخص للحاكم أو غيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد و عن النهاية أنها الوصلة إلى الحاجة بالمصانعة و الراشى الذى يعطى ما يعينه على الباطل و المرتشى الآخذ و الرائش هو الذى يسعى بينهما ليزيد لهذا أو ينقص لهذا و مما يدل على عدم عموم الرشا لمطلق الجعل على الحكم ما تقدم فى رواية عمار بن مروان من جعل الرشا فى الحكم مقابلا لأجور القضاة خصوصا بكلمة إما.

[عدم اختصاص الحرمة بما يبذل على الحكم الباطل]

[عدم اختصاص الحرمة بما يبذل على الحكم الباطل]

نعم لا يختص بما يبذل على خصوص الباطل بل يعم ما يبذل لحصول غرضه و هو الحكم له حقا كان أو باطلا و هو ظاهر ما تقدم عن المصباح و النهاية. و يمكن حمل رواية يوسف بن جابر على سؤال الرشوة للحكم للراشى حقا أو باطلا أو يقال إن المراد الجعل فأطلق عليه الرشوة تأكيدا للحرمة.

[حرمة أخذ الحاكم للجعل مع تعين الحكومة عليه]

[حرمة أخذ الحاكم للجعل مع تعين الحكومة عليه]

و منه يظهر حرمة أخذ الحاكم للجعل من المتحاكمين مع تعين الحكومة عليه كما يدل عليه قوله ع احتاج الناس إليه لفقهه و المشهور المنع مطلقا بل فى جامع المقاصد دعوى النص و الإجماع و لعله لحمل الاحتياج فى الرواية على الاحتياج إلى نوعه و لإطلاق ما تقدم فى رواية عمار بن مروان من جعل أجور القضاة من السحت بناء على أن الأجر فى العرف يشمل الجعل و إن كان بينهما فرق عند المتشرعة.

[الاستدلال على المنع عن أخذ الأجر مطلقا بصحيحة ابن سنان]

[الاستدلال على المنع عن أخذ الأجر مطلقا بصحيحة ابن سنان]

و ربما يستدل على المنع بصحيحة ابن سنان قال: سئل أبو عبد الله ع عن قاض بين قريتين يأخذ على القضاء الرزق من السلطان قال ع ذلك السحت و فيه أن ظاهر الرواية كون القاضى منصوبا من قبل السلطان الظاهر بل الصريح فى سلطان الجور إذ ما يؤخذ من العادل لا يكون سحتا قطعا و لا شك أن هذا المنصوب غير قابل للقضاء فما يأخذه سحت من هذا

المكاسب، ج‌۱، ص ۳۱

الوجه و لو فرض كونه قابلا- للقضاء لم يكن رزقه من بيت المال أو من جائزة السلطان محرما قطعا فيجب إخراجه عن العموم إلا أن يقال إن المراد الرزق من غير بيت المال و جعله على القضاء بمعنى المقابلة قرينة على إرادة العوض و كيف كان فالأولى فی الاستدلال على المنع ما ذكرناه خلافا لظاهر الغنية و المحكی عن القاضی الجواز.

[مستند الجواز الأصل و ظاهر رواية حمزة بن حمران]

[مستند الجواز الأصل و ظاهر رواية حمزة بن حمران]

و لعله للأصل و ظاهر رواية حمزة بن حمران قال سمعت أبا عبد الله ع يقول: من استأكل بعلمه افتقر فقلت إن فی شيعتك قوما يتحملون علومكم و يبثونها فی شيعتكم فلا يعدمون منهم البر و الصلة و الإكرام فقال ع ليس أولئك بمستأكلين إنما ذاك الذی يفتی بغير علم و لا هدى من الله ليبطل به الحقوق طمعا فی حطام الدنيا إلى آخر الخبر و اللام فی قوله ليبطل به الحقوق إما للغاية أو للعاقبة. و على الأول فيدل على حرمة أخذ المال فی مقابل الحكم بالباطل. و على الثانی فيدل على حرمة الانتصاب للفتوى من غير علم طمعا فی الدنيا و على كل تقدير فظاهرها حصر الاستيكال المذموم فيما كان لأجل الحكم بالباطل و مع عدم معرفة الحق فيجوز الاستيكال مع الحكم بالحق. و دعوى كون الحصر إضافيا بالنسبة إلى الفرد الذی ذكره على حرمة السائل فلا يدل إلا على عدم الذم على هذا الفرد دون كل من كان غير المحصور فيه خلاف الظاهر

[تفصيل العلامة فی جواز الأخذ للقاضی بين حاجته و عدمها]

[تفصيل العلامة فی جواز الأخذ للقاضی بين حاجته و عدمها]

و فصل فی المختلف فجوز أخذ الجعل و الأجرة مع حاجة القاضی و عدم تعيين القضاء عليه و منعه مع غناه أو عدم الغنى عنه و لعل اعتبار عدم تعين القضاء لما تقرر عندهم من حرمة الأجرة على الواجبات العينية و حاجته لا تسوغ أخذ الأجرة عليها و إنما يجب على القاضی و غيره رفع حاجته من وجوه أخر. و أما اعتبار الحاجة فلظهور اختصاص أدلة المنع بصورة الاستغناء كما يظهر بالتأمل فی روايتی يوسف و عمار المتقدمتين و لا مانع من التكسب بالقضاء من جهة وجوبه الكفائی كما هو أحد الأقوال فی المسألة الآتية فی محلها إن شاء الله.

و أما الارتزاق من بيت المال

و أما الارتزاق من بيت المال

فلا إشكال فی جوازه للقاضی مع حاجته بل مطلقا إذا رأى الإمام المصلحة فيه لما سيجیء من الأخبار الواردة فی مصارف الأراضی الخراجية. و يدل عليه ما كتبه أمير المؤمنين ع إلى مالك الأشتر من قوله ع: و افسح له أی للقاضی بالبذل ما يزيح علته و تقل معه حاجته إلى الناس

[جواز أخذ الرزق من السلطان الجائر]

[جواز أخذ الرزق من السلطان الجائر]

و لا فرق بين أن يأخذ الرزق من السلطان العادل أو من الجائر لما سيجیء من حلية بيت المال لأهله و لو خرج من يد الجائر. و أما ما تقدم فی صحيحة ابن سنان من المنع من أخذ الرزق من السلطان فقد عرفت الحال فيه

[حكم الهدية و بيان الفرق بينها و بين الرشوة]

[حكم الهدية و بيان الفرق بينها و بين الرشوة]
و أما الهدية و هی ما يبذله على وجه الهبة ليورث المودة الموجبة للحكم له حقا كان أو باطلا و إن لم يقصد المبذول له الحكم إلا بالحق إذا عرف و لو من القرائن أن الباذل قصد الحكم له على كل تقدير فيكون الفرق بينها و بين الرشوة أن الرشوة تبذل لأجل الحكم و الهدية تبذل لإيراث الحب المحرك له على الحكم على وفق مطلبه فالظاهر حرمتها لأنها رشوة أو بحكمها بتنقيح المناط. و عليه يحمل ما تقدم من قول أمير المؤمنين ع: و إن أخذ يعنی الوالی هدية كان غلولا و ما ورد من أن هدايا العمال غلول و فی آخر سحت. و عن عيون الأخبار عن مولانا أبی الحسن الرضا ع عن أمير المؤمنين ع: فی تفسير قوله تعالی أَكّالُونَ لِلسُّحْتِ قال هو الرجل يقضی لأخيه حاجته ثم يقبل هديته و للرواية توجيهات تكون الرواية على بعضها محمولة على ظاهرها من التحريم و على بعضها محمولة على المبالغة فی رجحان التجنب عن قبول الهدايا من أهل الحاجة إليه لئلا يقع فی الرشوة يوما.

و هل تحرم الرشوة فی غير الحكم

اشارة

و هل تحرم الرشوة فی غير الحكم
بناء على صدقها كما يظهر مما تقدم عن المصباح و النهاية كأن يبذل له مالا على أن يصلح أمره عند الأمير

[التفصيل بين الحاجة المحرمة و غيرها]

[التفصيل بين الحاجة المحرمة و غيرها]
فإن كان أمره منحصرا فی المحرم أو مشتركا بينه و بين المحلل لكن بذل على إصلاحه حراما أو حلالا فالظاهر حرمته لا لأجل الرشوة لعدم الدليل عليها عدا بعض الإطلاقات المنصرف إلى الرشا فی الحكم بل لأنه أكل للمال بالباطل فتكون الحرمة هنا لأجل الفساد فلا يحرم القبض فی نفسه و إنما يحرم التصرف لأنه باق على ملك الغير. نعم يمكن أن يستدل على حرمته بفحوى إطلاق ما تقدم فی هدية الولاة و العمال و أما بذل المال على وجه الهدية الموجبة لقضاء الحاجة المباحة فلا حظر فيه كما يدل عليه ما ورد: فی أن الرجل يبذل الرشوة ليتحرك من منزله فيسكنه قال لا بأس به و المراد المنزل المشترك كالمدرسة و المسجد و السوق و نحوها

و مما يدل على التفصيل فی الرشوة بين الحاجة المحرمة و غيرها رواية الصيرفی

و مما يدل على التفصيل فی الرشوة بين الحاجة المحرمة و غيرها رواية الصيرفی
قال: سمعت أبا الحسن ع و سأله حفص الأعور فقال إن عمال السلطان يشترون منا القرب و الإداوة فيوكلون الوكيل حتى يستوفيه منا فنرشوه حتى يظلمنا فقال لا بأس بما تصلح به مالك ثم سكت ساعة ثم قال إذا أنت رشوته يأخذ منك أقل من الشرط قلت نعم قال فسدت رشوتك. و مما يعد من الرشوة أو يلحق بها المعاملة المشتملة على المحاباة كبيعه من القاضی ما يساوی عشرة دراهم بدرهم

[حكم المعاملة المشتملة على المحاباة مع القاضی]

[حكم المعاملة المشتملة على المحاباة مع القاضی]
فإن لم يقصد من المعاملة إلا المحاباة التی فی ضمنها أو قصد المعاملة لكن جعل المحاباة لأجل الحكم له بأن كان الحكم له من قبيل

ما تواطئا عليه من الشروط غير المصرح بها فى العقد فهى الرشوة و إن قصد أصل المعاملة و حابى فيها لجلب قلب القاضى فهو كالهدية ملحقة بالرشوة. و فى فساد المعاملة المحاباة فيها وجه قوى

[حكم المال المأخوذ حراما من حيث الضمان و عدمه]

اشارة

[حكم المال المأخوذ حراما من حيث الضمان و عدمه]

ثم إن كل ما حكم بحرمة أخذه وجب على الآخذ رده و رد بدله مع التلف إذا قصد مقابلته بالحكم كالجعل و الأجرة- حيث حكم بتحريمها. و كذا الرشوة لأنها حقيقة جعل على الباطل و لذا فسره فى القاموس بالجعل

[الظاهر عدم ضمان ما أخذ هدية]

[الظاهر عدم ضمان ما أخذ هدية]

و لو لم يقصد بها المقابلة بل أعطى مجانا ليكون داعيا على الحكم و هو المسمى بالهدية فالظاهر عدم ضمانه لأن مرجعه إلى هبة مجانية فاسدة إذ الداعى لا يعد عوضا و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده و كونها من السحت إنما يدل على حرمة الأخذ لا على الضمان و عموم على اليد مختص بغير اليد المتفرعة على التسليط المجانى و لذا لا يضمن بالهبة الفاسدة فى غير هذا المقام.

[احتمال عدم الضمان فى الرشوة مطلقا و مناقشته]

[احتمال عدم الضمان فى الرشوة مطلقا و مناقشته]

و فى كلام بعض المعاصرين أن احتمال عدم الضمان فى الرشوة مطلقا غير بعيد معللا بتسليط المالك عليها مجانا و لأنها تشبه المعاوضة و ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده. و لا يخفى ما بين تعليله من التنافى لأن تشبيه الرشوة بالمعاوضة يستلزم الضمان لأن المعاوضة الصحيحة يوجب ضمان كل منهما ما وصل إليه بعوضه الذى دفعه فيكون مع الفساد مضمونا بعوضه الواقعى و هو المثل أو القيمة و ليس فى المعاوضات ما لا يضمن العوض بصحيحه حتى لا

المكاسب، ج۱، ص ۳۲

يضمن بفاسده. نعم قد يتحقق عدم الضمان فى بعض المعاوضات بالنسبة إلى غير العوض كما أن العين المستأجرة غير مضمونة فى يد المستأجر بالإجارة فربما يدعى أنها غير مضمونة إذا قبض بالإجارة الفاسدة. لكن هذا كلام آخر [قد ثبت فساده بما ذكرنا فى باب الغصب من أن المراد مما لا يضمن بصحيحه أن يكون عدم الضمان مستندا إلى نفس العقد الصحيح لمكان الباء و عدم ضمان عين المستأجرة ليس مستندا إلى الإجازة الصحيحة بل إلى قاعدة الأمانة المالكية و الشرعية لكون التصرف فى العين مقدمة لاستيفاء المنفعة مأذونا فيه شرعا فلا يترتب عليه الضمان بخلاف الإجازة الفاسدة فإن الإذن الشرعى فيها مفقود و الإذن المالكى غير مثمر لكونه تبعيا و لكونه لمصلحة القابض فتأمل] و الكلام فى ضمان العوض بالمعاوضة الفاسدة و التحقيق أن كونها معاوضة أو شبيهة بها وجه لضمان العوض فيها لا لعدم الضمان

فروع فى اختلاف الدافع و القابض

[دعوى الدافع الهدية و القابض الهبة الصحيحة]

[دعوى الدافع الهدية و القابض الهبة الصحيحة]
لو ادعى الـدافع أنها هديـة ملحقـة بالرشوة فى الفساد و الحرمة و ادعى القابض أنها هبة صـحيحة لداعى القربة أو غيرها احتمل تقديم الأول لأن الدافع أعرف بنيته و لأصالة الضمان فى اليد إذا كانت الدعوى بعد التلف و الأقوى تقديم الثانى لأنه يدعى الصحة.

[دعوى الدافع الرشوة و القابض الهبة الصحيحة]

[دعوى الدافع الرشوة و القابض الهبة الصحيحة]
و لو ادعى الـدافع أنهـا رشوة أو أجرة على المحرم و ادعى القـابض كونها هبـة صـحيحة احتمل أنه كـذلك لأن الأمر يـدور بين الهبة الصـحيحة و الإجارة الفاسـدة. و يحتمل العـدم إذ لا عقد مشترك هنا اختلفا فى صـحته و فساده فالدافع منكر لأصل العقد الذى يدعيه القابض لا لصحته فيحلف على عدم وقوعه و ليس هذا من مورد التداعى كما لا يخفى.

[دعوى الدافع الرشوة و القابض الهبة الفاسدة]

[دعوى الدافع الرشوة و القابض الهبة الفاسدة]
و لو ادعى أنها رشوة و القابض أنها هديـة فاسدة لدفع الغرم عن نفسه بناء على ما سـبق من أن الهدية المحرمة لا توجب الضـمان ففى تقـديم الأول لأصالة الضـمان فى اليد أو الآخر لأصالة عدم سـبب الضـمان و منع أصالة الضـمان وجهان أقواهما الأول لأن عموم خبر على اليد يقضى بالضمان إلا مع تسليط المالك مجانا و الأصل عدم تحققه و هذا حاكم على أصالة عدم سبب الضمان فافهم
سب المؤمن

التاسعة سب المؤمنين حرام فى الجملة

اشارة

التاسعة سب المؤمنين حرام فى الجملة
بالأدلة الأربعة لأنه ظلم و إيذاء و إذلال

[الروايات الواردة فى حرمة السب]

[الروايات الواردة فى حرمة السب]
ففى روايـة أبى بصير عن أبى جعفر ع قـال قـال رسول الله ص: سـباب المؤمن فسوق و قتـاله كفر و أكـل لحمه معصـية و حرمـة مـاله كحرمـة دمه و فى روايـة السـكونى عن أبى عبـد الله ع قال قال رسول الله ص: سـباب المؤمن كالمشـرف على الهلكـة و فى رواية أبى بصير عن أبى جعفر ع قال:
جـاء رجل من تميم إلى رسول الله ص فقال له أوصـنى فكان فيما أوصاه لا تسـبوا فتكتسـبوا العـداوة و فى روايـة ابن الحجاج عن أبى الحسن ع: فى رجلين يتسابان قال البادى منهما أظلم و وزره و وزر صاحبه عليه ما لم يعتذر إلى المظلوم و فى مرجع الضـمائر اغتشاش و يمكن الخطأ من الراوى. و المراد و الله أعلم أن مثل وزر صاحبه عليه لإيقاعه إياه فى السب من غير أن يخفف عن صاحبه شىء فإن اعتذر إلى المظلوم عن سبه و إيقاعه إياه فى السب برأ من الوزرين. ثم إن المرجع فى السب إلى العرف

[تفسیر السب]

[تفسیر السب]
و فسره فی جامع المقاصد بإسناده ما یقتضی نقصه إلیه مثل الوضیع و الناقص و فی کلام بعض آخر أن السب و الشتم بمعنی واحد و فی کلام ثالث أن السب أن تصف الشخص بما هو إزراء و نقص فیدخل فی النقص کل ما یوجب الأذی کالقذر و الحقیر و الوضیع و الکلب و الکافر و المرتد و التعبیر بشیء من بلاء الله تعالی کالأجذم و الأبرص.

ثم الظاهر أنه لا یعتبر فی صدق السب مواجهة المسبوب

ثم الظاهر أنه لا یعتبر فی صدق السب مواجهة المسبوب
نعم یعتبر فیه قصد الإهانة و النقص فالنسبة بینه و بین الغیبة عموم و خصوص من وجه و الظاهر تعدد العقاب فی مادة الاجتماع لأن مجرد ذکر الشخص بما یکرهه لو سمعه و لو لغیر قصد الإهانة غیبة محرمة و الإهانة محرم آخر.

ثم إنه یستثنی من المؤمن المظاهر بالفسق

ثم إنه یستثنی من المؤمن المظاهر بالفسق
لما سیجیء فی الغیبة من أنه لا حرمة له و هل یعتبر فی جواز سبه کونه من باب النهی عن المنکر فیشترط بشروطه أم لا ظاهر النصوص و الفتاوی کما فی الروضة الثانی و الأحوط الأول

و یستثنی من ذلک المبتدع أیضا

و یستثنی من ذلک المبتدع أیضا
لقوله ص: إذا رأیتم أهل البدع من بعدی فأظهروا البراءة منهم و أکثروا من سبهم و الوقیعة فیهم

و یمکن أن یستثنی من ذلک ما إذا لم یتأثر المسبوب عرفا

و یمکن أن یستثنی من ذلک ما إذا لم یتأثر المسبوب عرفا
بأن لا توجب قول هذا القائل فی حقه مذلة و لا نقصا کقول الوالد لولده أو السید لعبده عنده مشاهدة ما یکرهه یا حمار و عند غیظه یا خبیث و نحو ذلک سواء لم یتأثر بذلک بأن لم یکرهه أصلا أم تأثر به بناء علی أن العبرة بحصول الذل و النقص فیه عرفا. و یشکل الثانی بعموم أدلة حرمة الإیذاء نعم لو قال السید ذلک فی مقام التأدیب جاز لفحوی جواز الضرب. و أما الوالد فیمکن استفادة الجواز فی حقه مما ورد من مثل قولهم ع: أنت و مالک لأبیک فتأمل مضافا إلی استمرار السیرة بذلک إلا أن یقال إن استمرار السیرة إنما هو مع عدم تأثر السامع و تأذیه بذلک من هنا یوهن التمسک بالسیرة فی جواز سب المعلم للمتعلم فإن السیرة إنما نشأت فی الأزمنة السابقة من عدم تألم المتعلم بشتم المعلم لعد نفسه أدون من عبده بل ربما کان یفتخر بالسب لدلالته علی کمال لطفه. و أما زماننا هذا الذی یتألم المتعلم فیه من المعلم مما لم یتألم به من شرکائه فی البحث من القول و الفعل فحل إیذائه یحتاج إلی الدلیل و الله الهادی إلی سواء السبیل
السحر

العاشرة السحر [فهو] حرام فی الجملة

اشارة

العاشرة السحر [فهو] حرام فی الجملة
بلا خلاف بل هو ضروری کما سیجیء

و الأخبار بالحرمة مستفیضة

و الأخبار بالحرمة مستفیضة
منها ما تقدم من أن الساحر کالکافر. و منها قوله ع: من تعلم شیئا من السحر قلیلا أو کثیرا فقد کفر و کان آخر عهده بربه وحده أن یقتل إلا- أن یتوب و فی روایة السکونی عن الصادق ع قال قال رسول الله ص: ساحر المسلمین یقتل و ساحر الکفار لا یقتل قیل یا رسول الله لم لا یقتل ساحر الکفار قال لأن الشرک أعظم من السحر و لأن السحر و الشرک مقرونان و فی نبوی آخر: ثلاثة لا یدخلون الجنة مدمن خمر و مدمن سحر و قاطع رحم إلی غیر ذلک من الأخبار
ثم إن الکلام هنا یقع فی مقامین

الأول فی المراد بالسحر

اشارة

الأول فی المراد بالسحر
و هو لغة علی ما عن بعض أهل اللغة ما لطف مأخذه و دق و عن بعضهم أنه صرف الشیء عن وجهه و عن ثالث أنه الخدیعة و عن رابع أنه إخراج الباطل فی صورة الحق و قد اختلفت عبارات الأصحاب فی بیانه

[کلمات الفقهاء]

اشارة

[کلمات الفقهاء]
قال العلامة رحمه الله فی القواعد و التحریر إنه کلام یتکلم به أو یکتبه أو رقیة أو یعمل شیئا تؤثر فی بدن المسحور أو قلبه أو عقله من غیر مباشرة و زاد فی المنتهی أو عقدا

[اعتبار الإضرار فی السحر عند بعض]

[اعتبار الإضرار فی السحر عند بعض]
و زاد فی المسالک أو أقساما أو عزائم یحدث بسببها ضرر علی الغیر و زاد فی الدروس الدخنة و التصویر و النفث و تصفیة النفس و یمکن أن یدخل جمیع ذلک فی قوله فی القواعد أو یعمل شیئا. نعم ظاهر المسالک و محکی الدروس أن المعتبر فی السحر الإضرار. فإن أرید من التأثیر فی عبارة القواعد و غیرها خصوص الإضرار بالمسحور فهو و إلا کان أعم. ثم إن الشهیدین رحمهما الله عدا من السحر- استخدام الملائکة و استنزال الشیاطین فی کشف الغائبات و علاج المصاب و استحضارهم و تلبیسهم ببدن صبی أو امرأة و کشف الغائبات علی لسانه و الظاهر أن المسحور فیما ذکراه هم الملائکة و الجن و الشیاطین و الإضرار

المکاسب، ج۱، ص ۳۳

بهم یحصل بتسخیرهم و تعجیزهم من المخالفة له و إلجائهم إلی الخدمة. و قال فی الإیضاح إنه استحداث الخوارق- إما بمجرد التأثیرات النفسانیة و هو السحر أو بالاستعانة بالفلکیات فقط و هی دعوة الکواکب أو بتمزیج القوی السماویة بالقوی الأرضیة و هی الطلسمات أو علی سبیل الاستعانة بالأرواح الساذجة و هی العزائم و یدخل فیه النیرنجات و الکل حرام فی شریعة الإسلام و مستحله کافر انتهی. و تبعه علی هذا التفسیر فی محکی التنقیح و فسر النیرنجات فی الدروس بإظهار غرائب خواص الامتزاجات و أسرار النیرین. و فی الإیضاح أما ما کان علی سبیل الاستعانة- بخواص الأجسام السفلیة فهو علم الخواص أو الاستعانة بالنسب الریاضیة فهو علم الحیل و جر الأثقال و هذان لیسا من السحر انتهی. و ما جعله خارجا قد أدخله غیره و فی بعض الروایات دلالة علیه و سیجیء المحکی و المروی و لا یخفی أن هذا التعریف أعم من الأول لعدم اعتبار مسحور فیه فضلا عن الإضرار ببدنه أو عقله. و عن الفاضل المقداد فی التنقیح أنه عمل یستفاد منه ملکه نفسانیة یقتدر بها علی أفعال غریبة بأسباب خفیة و هذا یشمل علمی الخواص و الحیل

[ما أفاده العلامة المجلسی فی البحار فی بیان أقسام السحر]

اشارة

[ما أفاده العلامة المجلسی فی البحار فی بیان أقسام السحر]

و قال فی البحار بعد ما نقل عن أهل اللغة إنه ما لطف و خفی سببه إنه فی عرف الشرع مختص بکل أمر مخفی سببها و یتخیل علی غیر حقیقته و یجری مجری التمویه و الخداع انتهی و هذا أعم من الکل لأنه ذکر بعد ذلک ما حاصله أن السحر علی أقسام

الأول سحر الکلدانیین

الأول سحر الکلدانیین

الذین کانوا فی قدیم الدهر و هم قوم کانوا یعبدون الکواکب و یزعمون أنها المدبرة لهذا العالم و منها تصدیر الخیرات و الشرور و السعادات و النحوسات ثم ذکر أنهم علی ثلاثة مذاهب فمنهم من یزعم أنها الواجبة لذاتها الخالقة للعالم و منهم من یزعم أنها قدیمة لقدم العلة المؤثرة فیها و منهم من یزعم أنها حادثة مخلوقة فعالة مختارة فوض خالقها أمر العالم إلیها و الساحر عند هذه الفرق من یعرف القوی الغالبة الفعالة بسائطها و مرکباتها و یعرف ما یلیق بالعالم السفلی معداتها لیعدها و عوائقها لیرفعها بحسب الطاقة البشریة فیکون من استحداث ما یخرق العادة.

الثانی سحر أصحاب الأوهام

الثانی سحر أصحاب الأوهام

و النفوس القویة.

الثالث الاستعانة بالأرواح الأرضیة

الثالث الاستعانة بالأرواح الأرضیة

و قد أنکرها بعض الفلاسفة و قال بها الأکابر منهم و هی فی أنفسها مختلفة فمنهم خیرة و هم مؤمنو الجن و شریرة و هم کفار الجن و شیاطینهم.

الرابع التخيلات الآخذة بالعيون مثل راكب السفينة

الرابع التخيلات الآخذة بالعيون مثل راكب السفينة
يتخيل نفسه ساكنا و الشط متحركا.

الخامس الأعمال العجيبة

الخامس الأعمال العجيبة
التی تظهر من تركيب الآلات المركبة على نسب الهندسة كرقاص يرقص و فارسان يقتتلان.

السادس الاستعانة بخواص الأدوية

السادس الاستعانة بخواص الأدوية
مثل أن يجعل فی الطعام بعض الأدوية المبلدة أو المزيلة للعقل أو الدخن المسكر أو عصارة البنج المجعول فی الملبس و هذا مما لا سبيل إلى إنكاره و أثر المغناطيس شاهد.

السابع تعليق القلب

السابع تعليق القلب
و هو أن يدعی الساحر أنه يعرف الكيمياء و علم السيمياء و الاسم الأعظم حتى يميل إليه العوام و ليس له أصل.

الثامن النميمة

الثامن النميمة
انتهى الملخص منه

[الإشارة إلى بعض أقسام السحر فی الرواية]

[الإشارة إلى بعض أقسام السحر فی الرواية]
و ما ذكره من وجوه السحر بعضها قد تقدم عن الإيضاح و بعضها قد ذكر فيما ذكره فی الاحتجاج من حديث الزنديق الذی سأل أبا عبد الله ع عن مسائل كثيرة منها ما ذكره بقوله: أخبرنی عن السحر ما أصله و كيف يقدر الساحر على ما يوصف من عجائبه و ما يفعل قال أبو عبد الله ع إن السحر على وجوه شتى منها بمنزلة الطب كما أن الأطباء وضعوا لكل داء دواء فكذلك علماء السحر احتالوا لكل صحة آفة و لكل عافية عاهة و لكل معنى حيلة و نوع آخر منه خطفة و سرعة و مخاريق و خفة و نوع آخر منه ما يأخذه أولياء الشياطين منهم قال فمن أين علم الشياطين السحر قال من حيث علم الأطباء الطب بعضه بتجربة و بعضه بعلاج قال فما تقول فی الملكين هاروت و ماروت و ما يقول الناس إنهما يعلمان الناس السحر قال إنما هما موضع ابتلاء و موقف فتنة و تسبيحهما اليوم لو فعل الإنسان كذا و كذا لكان كذا و لو تعالج بكذا و كذا لصار كذا فيتعلمون منهما ما يخرج عنهما فيقولان لهم إنما نحن فتنة فلا تأخذوا عنا ما يضركم و لا ينفعكم قال أ فيقدر الساحر على أن يجعل الإنسان بسحره فی صورة كلب أو حمار أو غير ذلك قال هو

أعجز من ذلک و أضعف من أن یغیر خلق الله إن من أبطل ما رکبه الله تعالی و صوره و غیره فهو شریک الله فی خلقه تعالی الله عن ذلک علوا کبیرا لو قدر الساحر علی ما وصفت لدفع عن نفسه الهرم و الآفة و الأمراض و لنفی البیاض عن رأسه و الفقر عن ساحته و إن من أکبر السحر النمیمة یفرق بها بین المتحابین و یجلب العداوة بین المتصافین و یسفک بها الدماء و یهدم بها الدور و یکشف بها الستور و النمام شر من وطئ علی الأرض بقدمه فأقرب أقاویل السحر من الصواب أنه بمنزلة الطب إن الساحر عالج الرجل فامتنع من مجامعة النساء فجاءه الطبیب فعالجه بغیر ذلک فأبرأه إلی آخر الحدیث. ثم لا یخفی أن الجمع بین ما ذکر فی معنی السحر فی غایة الإشکال لکن المهم بیان حکمه لا موضوعه.

المقام الثانی فی حکم الأقسام المذکورة

اشارة

المقام الثانی فی حکم الأقسام المذکورة
فنقول أما الأقسام الأربعة المتقدمة من الإیضاح فیکفی فی حرمتها مضافا إلی شهادة المحدث المجلسی رحمه الله فی البحار بدخولها فی المعنی المعروف للسحر عند أهل الشرع فتشملها الإطلاقات

[دعوی ضرورة الدین علی حرمة أربعة أقسام منه]

[دعوی ضرورة الدین علی حرمة أربعة أقسام منه]
دعوی فخر المحققین فی الإیضاح کون حرمتها من ضروریات الدین و أن مستحلها کافر و دعوی الشهیدین فی الدروس و المسالک أن مستحله یقتل فإنا و إن لم نطمئن بدعوی الإجماعات المنقولة إلا أن دعوی ضرورة الدین مما یوجب الاطمئنان بالحکم و اتفاق العلماء علیه فی جمیع الأعصار.

[ما ذکره شارح النخبة حول الطلسمات]

[ما ذکره شارح النخبة حول الطلسمات]
نعم ذکر شارح النخبة أن ما کان من الطلسمات مشتملا علی إضرار أو تمویه علی المسلمین أو استهانة بشیء من حرمات الله کالقرآن و أبعاضه و أسماء الله الحسنی و نحو ذلک فهو حرام بلا ریب سواء عد من السحر أم لا و ما کان للأغراض کحضور الغائب و بقاء العمارة و فتح الحصون للمسلمین و نحوه فمقتضی الأصل جوازه و یحکی عن بعض الأصحاب و ربما یستندون فی بعضها إلی أمیر المؤمنین ع و السند غیر واضح و ألحق فی الدروس تحریم عمل الطلسمات بالسحر و وجهه غیر واضح انتهی. و لا وجه أوضح من دعوی الضرورة من فخر المحققین و الشهیدین قدس سرهما

[حرمة السحر المضر بالنفس المحترمة]

[حرمة السحر المضر بالنفس المحترمة]
و أما غیر تلک الأربعة فإن کان مما یضر بالنفس المحترمة فلا إشکال أیضا فی حرمته و یکفی فی الضرر صرف نفس المسحور عن الجریان علی مقتضی إرادته فمثل
المکاسب، ج ۱، ص ۳۴
إحداث حب مفرط فی الشخص یعد سحرا. روی الصدوق فی الفقیه فی باب عقاب المرأة علی أن تسحر زوجها بسنده عن السکونی

عن جعفر بن محمد عن أبيه عن آبائه ع قال: قال رسول الله ص لامرأة سألته أن لی زوجا و به غلظة علی و إنی صنعت شیئا لأعطفه علی أف لک کدرت البحار و کدرت الطین و لعنتک الملائکة الأخیار و ملائکة السماوات و الأرض قال فصامت المرأة نهارها و قامت لیلها و حلقت رأسها و لبست المسوح فبلغ ذلک النبی ص فقال إن ذلک لا یقبل منها بناء علی أن الظاهر من قولها صنعت شیئا المعالجة بشیء غیر الأدعیة و الصلوات و نحوها و لذا فهم الصدوق منها السحر و لم یذکر فی عنوان سحر المرأة غیر هذه الروایة.

[الظاهر جواز ما لا یضر مع الشک فی صدق اسم السحر علیه]

[الظاهر جواز ما لا یضر مع الشک فی صدق اسم السحر علیه]

و أما ما لا یضر فإن قصد به دفع ضرر السحر أو غیره من المضار الدنیویة أو الأخرویة فالظاهر جوازه مع الشک فی صدق اسم السحر علیه للأصل بل فحوی ما سیجیء من جواز دفع الضرر بما علم کونه سحرا و إلا فلا دلیل علی تحریمه إلا أن یدخل فی اللهو أو الشعوذة.

نعم لو صح سند روایة الاحتجاج صح الحکم بحرمة جمیع ما تضمنته

نعم لو صح سند روایة الاحتجاج صح الحکم بحرمة جمیع ما تضمنته

و کذا لو عمل بشهادة من تقدم کالفاضل المقداد و المحدث المجلسی رحمهما الله بکون جمیع ما تقدم من الأقسام داخلا فی السحر اتجه الحکم بدخولها تحت إطلاقات المنع عن السحر لکن الظاهر استناد شهادتهم إلی الاجتهاد مع معارضته بما تقدم من الفخر من إخراج علمی الخواص و الحیل من السحر.

و ما تقدم من تخصیص صاحب المسالک و غیره السحر بما یحدث ضررا بل عرفت تخصیص العلامة له بما یؤثر فی بدن المسحور أو قلبه أو عقله فهذه شهادة من هؤلاء علی عدم عموم لفظ السحر لجمیع ما تقدم من الأقسام. و تقدیم شهادة الإثبات لا یجری فی هذا الموضع لأن الظاهر استناد المثبتین إلی الاستعمال و النافین إلی الاطلاع علی کون الاستعمال مجازا للمناسبة

و الأحوط الاجتناب عن جمیع ما تقدم من الأقسام

و الأحوط الاجتناب عن جمیع ما تقدم من الأقسام

فی البحار بل لعله لا یخلو عن قوة لقوة الظن من خبر الاحتجاج و غیره

بقی الکلام فی جواز دفع ضرر السحر بالسحر

اشارة

بقی الکلام فی جواز دفع ضرر السحر بالسحر

و یمکن أن یستدل له مضافا إلی الأصل بعد دعوی انصراف الأدلة إلی غیر ما قصد به غرض راجح شرعا بالأخبار

[الأخبار الواردة فی جواز دفع ضرر السحر بالسحر]

اشارة

[الأخبار الواردة فی جواز دفع ضرر السحر بالسحر]

منها ما تقدم فی خبر الاحتجاج و منها ما فی الکافی عن القمی عن أبیه عن شیخ من أصحابنا الکوفیین قال: دخل عیسی بن سقفی علی أبی عبد الله ع قال جعلت فداک إنا رجل کانت صناعتی السحر و کنت آخذ علیه الأجر و کان معاشی و قد حججت منه و قد من الله علی بلقائک و قد تبت إلی الله عز و جل من ذلک فهل لی فی شیء من ذلک مخرج فقال له أبو عبد الله ع حل و لا تعقد. و کان الصدوق رحمه الله فی العلل أشار إلی هذه الروایة حیث قال روی أن توبة الساحر أن یحل و لا یعقد و ظاهر المقابلة بین الحل و العقد فی الجواز و العدم کون کل منهما بالسحر فحمل الحل علی ما کان بغیر السحر من الدعاء و الآیات و نحوهما کما عن بعض لا یخلو عن بعد.

[ما ورد فی قصة هاروت و ماروت]

[ما ورد فی قصة هاروت و ماروت]

و منها ما عن العسکری عن آبائه ع: فی قوله تعالی وَ ما أُنْزِلَ عَلَی الْمَلَکَیْنِ بِبابِلَ هارُوتَ وَ مارُوتَ قال کان بعد نوح قد کثرت السحرة و الموهون فبعث الله ملکین إلی نبی ذلک الزمان یذکر ما یسحر به السحرة و یذکر ما یبطل به سحرهم و یرد به کیدهم فتلقاه النبی عن الملکین و أداه إلی عباد الله بأمر الله و أمرهم أن یقضوا به علی السحر و أن یبطلوه و نهاهم أن یسحروا به الناس و هذا کما یقال إن السم ما هو و إن ما یدفع به غائلة السم ما هو ثم یقال للمتعلم هذا السم فمن رأیته سم فادفع غائلته بهذا و لا تقتل بالسم إلی أن قال و ما یعلمان من أحد ذلک السحر و إبطاله حتی یقولا للمتعلم إنما نحن فتنة و امتحان للعباد لیطیعوا الله فیما یتعلمون من هذا و یبطل به کید السحرة و لا تسحروهم فلا تکفر باستعمال هذا السحر و طلب الإضرار و دعاء الناس إلی أن یعتقدوا أنک تحیی و تمیت و تفعل ما لا یقدر علیه إلا الله عز و جل فإن ذلک کفر إلی أن قال وَ یَتَعَلَّمُونَ ما یَضُرُّهُمْ وَ لا یَنْفَعُهُمْ لأنهم إذا تعلموا ذلک السحر لیسحروا به و یضروا به فقد تعلموا ما یضر بدینهم و لا ینفعهم إلی آخر الحدیث و فی روایة محمد بن الجهم عن مولانا الرضا ع فی حدیث قال: أما هاروت و ماروت فکانا ملکین علما الناس السحر لیحترزوا به عن سحر السحرة فیبطلوا به کیدهم و ما علما أحدا من ذلک شیئا حتی قالا- إنما نحن فتنة فلا- تکفر فکفر قوم باستعمالهم لما أمروا بالاحتراز عنه و جعلوا یفرقون بما تعلموه بین المرء و زوجه قال الله تعالی وَ ما هُمْ بِضارِّینَ بِهِ مِنْ أَحَدٍ إِلَّا بِإِذْنِ اللَّهِ یعنی بعلمه.

هذا کله مضافا إلی أن ظاهر أخبار الساحر إرادة من یخشی ضرره کما اعترف به بعض الأساطین و استقرب لذلک جواز الحل به بعد أن نسبه إلی کثیر من أصحابنا.

[منع جمع من الأعلام من حل السحر بالسحر]

[منع جمع من الأعلام من حل السحر بالسحر]

لکنه مع ذلک کله فقد منع العلامة فی غیر واحد من کتبه و الشهید رحمه الله فی الدروس و الفاضل المیسی و الشهید الثانی من حل السحر به و لعلهم حملوا ما دل علی الجواز مع اعتبار سنده علی حالة الضرورة و انحصار سبب الحل فیه لا مجرد دفع الضرر مع إمکانه بغیره من الأدعیة و التعویذات و لذا ذهب جماعة منهم الشهیدان و المیسی و غیرهم إلی جواز تعلمه لیتوقی به من السحر و یدفع به دعوی المتنبی. و ربما حملت أخبار الجواز الحاکیة لقصة هاروت و ماروت علی جواز ذلک فی الشریعة السابقة و فیه نظر.

ثم الظاهر أن التسخیرات بأقسامها داخلة فی السحر

ثم الظاهر أن التسخیرات بأقسامها داخلة فی السحر

علی جمیع تعاریفه و قد عرفت أن الشهیدین مع أخذ الإضرار فی تعریف السحر ذکرا أن استخدام الملائکة و الجن من السحر و لعل

وجه دخوله تضرر المسخر بتسخيره. و أما سائر التعاريف فالظاهر شمولها لها و ظاهر عبارة الإيضاح أيضا دخول هذه فى معقد دعواه الضرورة على التحريم لأن الظاهر دخولها فى الأقسام و العزائم و النفث و يدخل فى ذلك تسخير الحيوانات- من الهوام و السباع و الوحوش و غير ذلك خصوصا الإنسان.

و عمل السيمياء ملحق بالسحر اسما أو حكما

و عمل السيمياء ملحق بالسحر اسما أو حكما

و قد صرح بحرمته الشهيد فى الدروس و المراد به على ما قيل إحداث خيالات لا وجود لها فى الحس يوجب تأثيرا فى شىء آخر

الشعوذة

الحادية عشرة الشعوذة و هى حرام بلا خلاف

[تعريف الشعوذة]

و هى الحركة السريعة بحيث يوجب على الحس الانتقال من الشىء إلى شبهه كما ترى النار المتحركة على الاستدارة دائرة متصلة لعدم إدراك السكونات المتخللة بين الحركات.

[أدلة الحرمة]

و يدل على الحرمة بعد الإجماع مضافا إلى أنه من الباطل و اللهو دخوله فى السحر فى الرواية المتقدمة عن الاحتجاج المنجبر وهنها بالإجماع المحكى. و فى بعض التعاريف المتقدمة للسحر ما يشملها

الغش

الثانية عشرة الغش حرام بلا خلاف

[الروايات الدالة على الحرمة]

و الأخبار به متواترة نذكر بعضها متيمنا فعن النبى ص بأسانيد متعددة: ليس من المسلمين من غشهم

المكاسب، ج۱، ص ۳۵

و فى رواية العيون بأسانيد قال رسول الله ص: ليس منا من غش مسلما أو ضره أو ماكره و فى عقاب الأعمال عن النبى ص: من غش مسلما فى بيع أو شراء فليس منا و يحشر مع اليهود يوم القيامة لأنه من غش الناس فليس بمسلم إلى أن قال و من غشنا فليس منا قالها ثلاثا و من غش أخاه المسلم نزع الله بركة رزقه و أفسد عليه معيشته و وكله إلى نفسه و فى مرسلة هشام عن أبى عبد الله ع: أنه قال لرجل يبيع الدقيق إياك و الغش فإن من غش غش فى ماله فإن لم يكن له مال غش فى أهله و فى رواية سعد الإسكاف عن أبى جعفر ع قال: مر النبى ص فى سوق المدينة بطعام فقال لصاحبه ما أرى طعامك إلا طيبا فأوحى الله إليه أن يدس يده فى الطعام ففعل فأخرج طعاما رديا فقال لصاحبه ما أراك إلا و قد جمعت خيانة و غشا للمسلمين و رواية موسى بن بكر عن أبى الحسن ع: أنه أخذ دينارا من الدنانير المصبوبة بين يديه فقطعها نصفين ثم قال ألقه فى البالوعة حتى لا يباع بشىء فيه غش و قوله فيه غش جملة ابتدائية

و الضـمير فى لا يباع راجع إلى الـدينار. و فى روايـهٔ هشام بن الحكم قال: كنت أبيع السابرى فى الظلال فمر بى أبو الحسن فقال لى يا هشام إن البيع فى الظلال غش و الغش لا يحل و فى روايهٔ الحلبى قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يشترى طعاما فيكون أحسن له و اتفق له أن يبله من غير أن يلتمس زيادته فقال إن كان بيعا لا يصـلحه إلا ذلك و لا ينفقه غيره من غير أن يلتمس فيه زيادهٔ فلا بأس و إن كان إنما يغش به المسـلمين فلا يصـلح و روايته الأخرى قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يكون عنده لونان من الطعام سـعرهما شتى و أحدهما أجود من الآخر و يخلطهما جميعا ثم يبيعهما بسـعر واحد فقال لا يصـلح له أن يغش المسلمين حتى يبينه و روايهٔ داود بن سـرحان قـال: كـان معى جرابـان من مسـك أحـدهما رطب و الآخر يابس فبـدأت بالرطب فبعته ثم أخـذت اليابس أبيعه فإذا أنا لا أعطى باليابس الثمن الـذى يسوى و لا يزيـدونى على ثمن الرطب فسألت أبا عبـد الله ع عن ذلك أ يصـلح لى أن أنـديه قال لا إلا أن تعلمهم قال فنديته ثم أعلمتهم قال لا بأس.

ثم إن ظاهر الأخبار هو كون الغش بما يخفى

كمزج اللبن بالماء و خلط الجيد بالردىء فى مثل الدهن و منه وضع الحرير فى مكان بارد ليكتسب ثقلا و نحو ذلك

و أما المزج و الخلط بما لا يخفى فلا يحرم

لعدم انصراف الغش إليه.

و يدل عليه مضافا إلى بعض الأخبار المتقدمهٔ صـحيحهٔ ابن مسلم عن أحدهما ع: أنه سئل عن الطعام يخلط بعضه ببعض و بعضه أجود من بعض قال إذا رؤيا جميعا فلا بأس ما لم يغط الجيد الردىء. و مقتضـى هذه الروايهٔ بل روايهٔ الحلبى الثانيهٔ و روايهٔ سـعد الإسـكاف أنه لاـ يشترط فى حرمـهٔ الغش كونه ممـا لاـ يعرف إلاـ من قبل البائع فيجب الإعلام بالعيب غير الخفى إلا أن تنزيل الحرمـهٔ فى موارد الروايـات الثلاـث على ما إذا تعمـد الغش برجاء التلبيس على المشترى و عـدم التفطن له و إن كان من شأن ذلك العيب أن يتفطن له فلا تدل الروايات على وجوب الإعلام إذا كان العيب من شأنه التفطن له فقصر المشترى و سامح فى الملاحظهٔ

[وجوب الإعلام بالعيب الخفى لو حصل الغش]

ثم إن غش المسـلم إنمـا هو بيع المغشوش عليه مع جهله فلاـ فرق بين كون الاغتشـاش بفعله أو بغيره فلو حصل اتفاقا أو لغرض وجب الإعلاـم بـالعيب الخفى و يمكن أن يمنع صـدق الأخبار المـذكورهٔ إلا على ما إذا قصـد التلبيس و أما ما هو ملتبس فى نفسه فلا يجب عليه الإعلاـم. نعم يحرم عليه إظهـار مـا يـدل على سـلامته من ذلـك فالعبرهٔ فى الحرمـهٔ بقصـد تلبيس الأمر على المشترى سواء أ كان العيب خفيـا أم جليا كما تقـدم لا بكتمان العيب مطلقا أو خصوص الخفى و إن لم يقصـد التلبيس و من هنا منع فى التـذكرهٔ من كون بيع المعيب مطلقا مع عـدم الإعلام بالعيب غشا. و فى التفصـيل المـذكور فى روايـهٔ الحلبى إشارهٔ إلى هذا المعنى حيث إنه ع جوز بل الطعام بـدون قيـد الإعلام إذا لم يقصـد به الزيادهٔ و إن حصـلت به و حرمه مع قصـد الغش. نعم يمكن أن يقال فى صورهٔ تعيب المبيع بخروجه عن مقتضـى خلقته الأصـليهٔ بعيب خفى أو جلى أن التزام البـائع بسـلامته عن العيب مع علمه به غش للمشترى كمـا لو صـرح باشتراط السلامهٔ فإن العرف يحكمون على البائع بهذا الشرط مع علمه بالعيب أنه غاش

[أقسام الغش]

ثم إن الغش يكون بإخفـاء الأـدنى فى الأعلى كمزج الجيـد بالردىء أو غير المراد فى المراد كإدخال الماء فى اللبن أو بإظهار الصـفهٔ الجيدهٔ المفقودهٔ واقعا و هو التدليس أو بإظهار الشيء على خلاف جنسه كبيع المموه على أنه ذهب أو فضهٔ

[ما أفاده المحقق الثانی فی صحة المعاملة و فسادها]

ثم إن فی جامع المقاصد ذکر فی الغش بما یخفی- بعد تمثیله له بمزج اللبن بالماء وجهین فی صحة المعاملة و فسادها من حیث إن المحرم هو الغش و المبیع عین مملوکة ینتفع بها و من أن المقصود بالبیع هو اللبن و الجاری علیه العقد هو المشوب. ثم قال و فی الذکری فی باب الجماعة ما حاصله إنه لو نوی الاقتداء بإمام معین علی أنه زید فبان عمرا إن فی الحکم نظرا و مثله ما لو قال بعتک هذا الفرس فإذا هو حمار و جعل منشأ التردد تغلیب الإشارة أو الوصف انتهی.

[نقد ما ذکره المحقق الثانی]

و ما ذکره من وجهی الصحة و الفساد جار فی مطلق العیب لأن المقصود هو الصحیح و الجاری علیه العقد هو المعیب و جعله من باب تعارض الإشارة و الوصف مبنی علی إرادة الصحیح من عنوان المبیع فیکون قوله بعتک هذا العبد بعد تبین کونه أعمی بمنزلة قوله بعتک هذا البصیر. و أنت خبیر بأنه لیس الأمر کذلک کما سیجیء فی باب العیب بل وصف الصحة ملحوظ علی وجه الشرطیة و عدم کونه مقوما للمبیع کما یشهد به العرف و الشرع. ثم لو فرض کون المراد من عنوان المشار إلیه هو الصحیح لم یکن إشکال فی تقدیم العنوان علی الإشارة بعد ما فرض رحمه الله أن المقصود بالبیع هو اللبن و الجاری علیه العقد هو المشوب لأن ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد و لذا اتفقوا علی بطلان الصرف فیما إذا تبین أحد العوضین معیبا من غیر الجنس. و أما التردد فی مسألة تعارض الإشارة و العنوان فهو من جهة اشتباه ما هو المقصود بالذات بحسب الدلالة اللفظیة فإنها مرددة بین کون متعلق القصد أولا و بالذات هو العین الحاضرة و یکون اتصافه بالعنوان مبنیا علی الاعتقاد و کون متعلقة هو العنوان و الإشارة إلیه باعتبار حضوره. أما علی تقدیر العلم بما هو المقصود بالذات و مغایرته للموجود الخارجی کما فیما نحن فیه فلا یتردد أحد فی البطلان.

[توجیه ما عن الذکری فی مسألة الاقتداء]

و أما وجه تشبیه مسألة الاقتداء فی الذکری بما یتعارض فیه الإشارة و الوصف فی الکلام مع عدم الإجمال فی النیة فباعتبار عروض الاشتباه

المکاسب، ج ۱، ص ۳۶

للناوی بعد ذلک فیما نواه إذ کثیرا ما یشتبه علی الناوی أنه خطر فی ذهنه العنوان و نوی الاقتداء به معتقدا لحضوره المعتبر فی إمام الجماعة فیکون الإمام هو المعنون بذلک العنوان و إنما أشار إلیه معتقدا لحضوره أو أنه نوی الاقتداء بالحاضر و عنونه بذلک العنوان لإحراز معرفته بالعدالة أو تعنون به بمقتضی الاعتقاد من دون اختیار هذا.

[الاستدلال علی فساد بیع المغشوش بورود النهی عنه]

ثم إنه قد یستدل علی الفساد- کما نسب إلی المحقق الأردبیلی رحمه الله بورود النهی عن هذا البیع فیکون المغشوش منهیا عن بیعه کما أشیر إلیه فی روایة قطع الدینار و الأمر بإلقائه فی البالوعة معللا بقوله حتی لا یباع بشیء و لأن نفس البیع غش منهی عنه

[المناقشة فی هذا الاستدلال]

و فیه نظر فإن النهی عن البیع لکونه مصداقا لمحرم هو الغش لا یوجب فساده کما تقدم فی بیع العنب علی من یعمله خمرا. و أما النهی عن بیع المغشوش لنفسه فلم یوجد فی خبر و أما خبر الدینار فلو عمل به لخرجت المسألة عن مسألة الغش لأنه إذا وجب إتلاف

الدینار و إلقاؤه فی البالوعة کان داخلا فیما یکون المقصود منه حراما نظیر آلات اللهو و القمار و قد ذکرنا ذلک فیما یحرم الاکتساب به لکون المقصود منه محرما فیحمل الدینار علی المضروب من غیر جنس النقدین أو من غیر الخالص منهما لأجل التلبیس علی الناس و معلوم أن مثله بهیئته لا یقصد منه إلا التلبیس فهی آلة الفساد لکل من دفعت إلیه و أین هو من اللبن الممزوج بالماء و شبهه.

فالأقوی حینئذ فی المسألة صحة البیع فی غیر القسم الرابع

ثم العمل علی ما تقتضیه القاعدة عند تبین الغش فإن کان قد غش فی إظهار وصف مفقود کان فیه خیار التدلیس و إن کان من قبیل شوب اللبن بالماء فالظاهر هنا خیار العیب لعدم خروجه بالمزج عن مسمی اللبن فهو لبن معیوب و إن کان من قبیل التراب الکثیر فی الحنطة کان له حکم تبعض الصفقة و ینقص من الثمن بمقدار التراب الزائد لأنه غیر متمول و لو کان شیئا متمولا بطل البیع فی مقابله الغناء

الثالثة عشرة الغناء لا خلاف فی حرمته فی الجملة

[الأخبار المستفیضة الدالة علی الحرمة]

و الأخبار بها مستفیضة و ادعی فی الإیضاح تواترها منها ما ورد مستفیضا فی تفسیر قول الزور فی قوله تعالی وَ اجْتَنِبُوا قَوْلَ الزُّورِ ففی صحیحة زید الشحام و مرسلة ابن أبی عمیر و موثقة أبی بصیر المرویات عن الکافی و روایة عبد الأعلی المحکیة عن معانی الأخبار و حسنة هشام المحکیة عن تفسیر القمی رحمه الله تفسیر قَوْلَ الزُّورِ بالغناء. و منها ما ورد مستفیضا فی تفسیر لهو الحدیث کما فی صحیحة ابن مسلم و روایة مهران بن محمد و روایة الوشاء و روایة حسن بن هارون و روایة عبد الأعلی السابقة. و منها ما ورد فی تفسیر الزور فی قوله تعالی وَ الَّذِینَ لا یَشْهَدُونَ الزُّورَ کما فی صحیحة ابن مسلم عن أبی عبد الله ع تارة بلا واسطة و أخری بواسطة أبی الصباح الکنانی.

[المناقشة فی دلالة الروایات علی حرمة الکیفیة]

و قد یخدش فی الاستدلال بهذه الروایات بظهور الطائفة الأولی بل الثانیة فی أن الغناء من مقولة الکلام لتفسیر قول الزور به. و یؤیده ما فی بعض الأخبار من أن قول الزور أن تقول للذی یغنی أحسنت و یشهد له قول علی بن الحسین ع فی مرسلة الفقیه الآتیة: فی الجاریة التی لها صوت لا بأس لو اشتریتها فذکرتک الجنة یعنی بقراءة القرآن و الزهد و الفضائل التی لیست بغناء و لو جعل التفسیر من الصدوق دل علی الاستعمال أیضا. و کذا لهو الحدیث بناء علی أنه من إضافة الصفة إلی الموصوف فیختص الغناء المحرم بما کان مشتملا علی الکلام الباطل فلا تدل علی حرمة نفس الکیفیة و هو لم یکن فی کلام باطل و منه تظهر الخدشة فی الطائفة الثالثة حیث إن مشاهد الزور التی مدح الله تعالی من لا یشهدها هی مجالس التغنی بالأباطیل من الکلام

[إشعار بعض النصوص بکون اللهو علی إطلاقه مبغوضا لله تعالی]

فالإنصاف أنها لا تدل علی حرمة نفس الکیفیة إلا من حیث إشعار لهو الحدیث بکون لهو الحدیث علی إطلاقه مبغوضا لله تعالی. و کذا الزور بمعنی الباطل و إن تحققا فی کیفیة الکلام لا فی نفسه کما إذا تغنی فی کلام حق من قرآن أو دعاء أو مرثیة. و بالجملة فکل صوت یعد فی نفسه مع قطع النظر عن الکلام المتصوت به لهوا و باطلا فهو حرام

[الروایات الدالة علی حرمة الغناء من حیث کونه لهوا و باطلا و لغوا]

و مما يـدل على حرمة الغناء من حيث كونه لهوا و باطلا و لغوا رواية عبد الأعلى و فيها ابن فضال قال: سألت أبا عبد الله ع عن الغناء و قلت إنهم يزعمون أن رسول الله ص رخص فى أن يقـال جئنـاكم جئناكم حيونا حيونا نحيكم فقال كـذبوا إن الله تعالى يقول ما خَلَقْنَا السَّماءَ وَ الْأَرْضَ وَ ما بَيْنَهُما لاعِبِينَ لَوْ أَرَدْنا أَنْ نَتَّخِذَ لَهْواً لَاتَّخَذْناهُ مِنْ لَدُنَّا إِنْ كُنَّا فاعِلِينَ بَلْ نَقْذِفُ بِالْحَقِّ عَلَى الْباطِلِ فَيَدْمَغُهُ فَإِذا هُوَ زاهِقٌ وَ لَكُمُ الْوَيْلُ مِمَّا تَصِفُونَ ثم قـال قـال ويـل لفلاـن ممـا يصف رجـل لم يحضـر المجلس إلى آخر الخبر. فإن الكلام المـذكور المرخص فيه بزعمهم ليس بالباطل و اللهو اللذين يكذب الإمام ع رخصة النبى ص فيه فليس الإنكار الشديد و جعل ما زعموا الرخصة فيه من اللهو بالباطل إلا من جهـة التغنى به. و روايـة يونس قال: سألت الخراسانى ص عن الغناء و قلت إن العباسـى زعم أنك ترخص فى الغناء فقال كـذب الزنـديق ما هكـذا قلت له سألنى عن الغناء فقلت له إن رجلا أتى أبا جعفر ع فسأله عن الغناء فقال له يا فلان إذا ميز الله بين الحق و الباطـل فأين يكون الغناء قال مع الباطل فقال ع حسـبك فقـد حكمت و روايـة محمـد بن أبى عباد و كان مسـتهترا بالسـماع و بشـرب النبيـذ قـال: سألت الرضا ع عن السـماع قال لأهل الحجاز فيه رأى و هو فى حيز الباطل و اللهو أ ما سـمعت الله عز و جل يقول وَ إِذا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِراماً. و الغناء من السـماع كما نص عليه فى الصـحاح و قال أيضا جارية مسمعة أى مغنية. و فى رواية الأـعمش الواردة فى تعـداد الكبائر قوله: و الملاهى التى تصـد عن ذكر الله كالغناء و ضـرب الأوتار و قوله ع: و قـد سـئل عن الجارية المغنيـة قـد يكون للرجـل جاريـة تلهيه و مـا ثمنها إلا كثمن الكلب. و ظاهر هـذه الأخبار بأسـرها حرمـة الغناء من حيث اللهو و الباطل فالغنـاء و هى من مقولـة الكيفيـة للأصوات كما سـيجىء إن كان مساويا للصوت اللهوى و الباطل كما هو الأقوى و سـيجىء فهو و إن كان أعم وجب تقييد بما كان من هذا العنوان كما أنه لو كان أخص وجب التعدى منه إلى مطلق الصوت الخارج على وجه اللهو.

[المحرم ما كان من لحون أهل الفسوق و المعاصى]

و بالجملة فالمحرم هو ما كان من لحون أهل الفسوق و المعاصى التى ورد النهى عن قراءة القرآن بها سواء أ كان مساويا للغناء أم أعم أو أخص مع أن الظاهر أنه ليس الغناء إلا هو

[كلمات اللغويين فى معنى الغناء]

و إن اختلفت فيه عبـارات الفقهاء و اللغويين فعن المصـباح أن الغناء الصوت و عن آخر أنه مـد الصوت و عن النهايـة عن الشافعى أنه تحسـين الصوت و ترقيقه و عنها أيضا أن كل من رفع صوتا و والاه فصوته عند العرب غناء. و كل هذه المفاهيم مما يعلم عدم حرمتها و عدم صدق الغناء عليها فكلها إشارة إلى المفهوم المعين عرفا

[تعريف المشهور للغناء]

و الأحسن

المكاسب، ج ۱، ص ۳۷

من الكل ما تقدم من الصحاح و يقرب منه المحكى عن المشهور بين الفقهاء من أنه مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب

[معنى الطرب]

و الطرب على ما فى الصـحاح خفة تعترى الإنسان لشدة حزن أو سـرور و عن الأساس للزمخشـرى خفة لسـرور أو هم. و هذا القيد هو المـدخل للصوت فى أفراد اللهو و هو الـذى أراده الشـاعر بقوله أ طربا و أنت قنسـرى أى شـيخ كبير و إلا فمجرد السـرور أو الحزن لا يبعد عن الشيخ الكبير.

[مجرد مد الصوت لا مع الترجيع المطرب لا يعد لهوا]

و بالجملهٔ فمجرد مد الصوت لا مع الترجيع المطرب أو و لو مع الترجيع لا يوجب كونه لهوا و من اكتفى بذكر الترجيع كالقواعد أراد به المقتضى للإطراب.

قال فى جامع المقاصد فى الشرح ليس مجرد مد الصوت محرما و إن مالت إليه النفوس ما لم ينته إلى حد يكون مطربا بالترجيع المقتضى للإطراب انتهى.

[هل المراد بالمطرب كونه مطربا فعلا]

ثم إن المراد بالمطرب ما كان مطربا فى الجملهٔ بالنسبهٔ إلى المغنى أو المستمع أو ما كان من شأنه الإطراب و مقتضيا له لو لم يمنع عنه مانع من جهة قبح الصوت أو غيره. و أما لو اعتبر الإطراب فعلا خصوصا بالنسبهٔ إلى كل أحد و خصوصا بمعنى الخفهٔ لشدهٔ السرور أو الحزن فيشكل لخلو أكثر ما هو غناء عرفا عنه و كان هذا هو الذى دعا الشهيد الثانى إلى أن زاد فى الروضهٔ و المسالك بعد تعريف المشهور قوله أو ما يسمى فى العرف غناء و تبعه فى مجمع الفائدهٔ و غيره.

[ما زعمه صاحب مفتاح الكرامهٔ من أن الإطراب غير الطرب]

و لعل هذا أيضا دعا صاحب مفتاح الكرامهٔ إلى زعم أن الإطراب فى تعريف الغناء غير الطرب المفسر فى الصحاح بخفهٔ لشدهٔ سرور أو حزن و إن توهمه صاحب مجمع البحرين و غيره من أصحابنا. و استشهد على ذلك بما فى الصحاح من أن التطريب فى الصوت مدهٔ و تحسينه. و ما عن المصباح من أن طرب فى صوته مدهٔ و رجعهٔ. و فى القاموس الغناء ككساء من الصوت ما طرب به و أن التطريب الإطراب كالتطرب و التغنى. قال رحمه الله فتحصل من ذلك أن المراد بالتطريب و الإطراب غير الطرب بمعنى الخفهٔ لشدهٔ حزن أو سرور كما توهمه صاحب مجمع البحرين و غيره من أصحابنا فكأنه قال فى القاموس الغناء من الصوت ما مد و حسن و رجع فانطبق على المشهور إذ الترجيع تقارب ضروب حركات الصوت و النفس فكان لازما للإطراب و التطريب انتهى كلامه.

[نقد ما أفاده فى مفتاح الكرامهٔ]

و فيه أن الطرب إذا كان معناه على ما تقدم من الجوهرى و الزمخشرى هو ما يحصل للإنسان من الخفهٔ لا جرم يكون المراد بالإطراب و التطريب إيجاد هذه الحالهٔ و إلا لزم الاشتراك اللفظى به مع أنهم لم يذكروا للطرب معنى آخر ليشتق منه لفظ التطريب و الإطراب. مضافا إلى أن ما ذكر فى معنى التطريب من الصحاح و المصباح إنما هو للفعل القائم بذى الصوت لا الإطراب القائم بالصوت و هو المأخوذ فى تعريف الغناء عند المشهور دون فعل الشخص فيمكن أن يكون معنى تطريب الشخص فى صوته إيجاد سبب الطرب بمعنى الخفهٔ بمد الصوت و تحسينه و ترجيعه كما أن تفريح الشخص إيجاد سبب الفرح بفعل ما يوجبه فلا ينافى ذلك ما ذكر ما معنى الطرب. و كذا ما فى القاموس من قوله ما طرب به يعنى ما أوجد به الطرب

مع أنه لا مجال لتوهم كون التطريب بمادته بمعنى التحسين و الترجيع

إذ لم يتوهم أحد كون الطرب بمعنى الحسن و الرجوع أو كون التطريب هو نفس المد فليست هذه الأمور إلا أسبابا للطرب يراد إيجاده من فعل هذه الأسباب. هذا كله مضافا إلى عدم إمكان إرادهٔ ما ذكر من المد و التحسين و الترجيع من المطرب فى قول الأكثر إن الغناء مد الصوت المشتمل على الترجيع المطرب كما لا يخفى مع أن مجرد المد و الترجيع و التحسين لا يوجب الحرمهٔ قطعا لما مر و سيجىء فتبين من جميع ما ذكرنا أن المتعين حمل المطرب فى تعريف الأكثر للغناء على الطرب بمعنى الخفهٔ. و توجيه كلامهم

بإرادة ما يقتضـى الطرب و يعرض له بحسب وضع نوع ذلك الترجيع و إن لم يطرب شخصه لمانع من غلظة الصوت و مج الإسماع له. و لقـد أجاد فى الصـحاح حيث فسـر الغناء بالسـماع و هو المعروف عند أهل العرف و قد تقدم فى رواية محمد بن أبى عباد المسـتهتر بالسماع.

[المتحصل من الأدلة حرمة الصوت المرجع فيه على سبيل اللهو]

و كيف كان فالمحصل من الأدلة المتقدمة حرمة الصوت المرجع فيه على سبيل اللهو فإن اللهو كما يكون بآلة من غير صوت كضرب الأوتار و نحوه و بالصوت فى الآلـة كالمزمار و القصب و نحوهما فقد يكون بالصوت المجرد فكل صوت يكون لهوا بكيفية و معدودا من ألحان أهل الفسوق و المعاصـى فهو حرام و إن فرض أنه ليس بغناء و كل ما لا يعد لهوا فليس بحرام و إن فرض صدق الغناء عليه فرضا غير محقق لعدم الدليل على حرمة الغناء إلا من حيث كونه باطلا و لهوا و لغوا و زورا

ثم إن اللهو يتحقق بأمرين

أحدهما قصد التلهى و إن لم يكن لهوا الثانى كونه لهوا فى نفسه عند المستمعين و إن لم يقصد به التلهى

ثم إن المرجع فى اللهو إلى العرف

و الحاكم بتحققه هو الوجدان حيث يجد الصوت المذكور مناسـبا لبعض آلات اللهو و الرقص و لحضور ما يسـتلذ القوى الشـهوية من كـون المغنى جاريـة أو أمرد أو نحو ذلـك و مراتب الوجـدان المـذكور مختلفـة فى الوضوح و الخفـاء فقـد يحس بعض الـترجيع من مبادى الغناء و لم يبلغه.

و ظهر مما ذكرنا أنه لا فرق بين استعمال هذه الكيفية فى كلام حق أو باطل

فقراءة القرآن و الـدعاء و المراثى بصوت يرجع فيه على سبيـل اللهو لا إشـكال فى حرمتها و لا فى تضاعف عقابها لكونها معصـية فى مقام الطاعة و استخفافا بالمقرو و المدعو و المرثى. و من أوضح تسويلات الشيطان أن الرجل المتستر- قد تدعوه نفسه لأجل التفرج و التنزه و التلـذذ إلى مـا يـوجب نشـاطه و رفع الكسالـة عنه من الزمزمـة الملهيـة فيجعـل ذلـك فى بيت من الشـعر المنظوم فى الحكم و المراثى و نحوها فيتغنى به أو يحضـر عنـد من يفعل ذلك. و ربما يعد مجلسا لأجل إحضار أصـحاب الألحان و يسـميه مجلس المرثية فيحصل له بذلك ما لا يحصل له من ضـرب الأوتار من النشاط و الانبساط. و ربما يبكى فى خلال ذلك- لأجل الهموم المركوزة فى قلبه الغائبة عن خاطره من فقد ما يستحضـره القوى الشـهوية و يتخيل أنه بكى فى المرثية و فاز بالمرتبة العالية و قد أشرف على النزول إلى دركات الهاوية فلا ملجأ إلا إلى الله من شر الشيطان و النفس الغاوية.

[عروض بعض الشبهات فى الحكم أو الموضوع]

اشارة

[عروض بعض الشبهات فى الحكم أو الموضوع]

و ربما يجرى على هذا عروض الشبهة فى الأزمنة المتأخرة فى هذه المسألة فتارة من حيث أصل الحكم و أخرى من حيث الموضوع و ثالثة من اختصاص الحكم ببعض الموضوع.

[الأول الشبهة فى أصل الحكم]

[كلام الكاشانى فى جواز الغناء فى نفسه]

اشارة

أما الأول فلأنه حكى عن المحدث الكاشاني- أنه خص الحرام منه بما اشتمل على محرم من خارج مثل اللعب بآلات اللهو و دخول الرجال على النساء و الكلام بالباطل و إلا فهو في نفسه غير محرم. و المحكي من كلامه في الوافي أنه بعد حكاية الأخبار التي يأتي بعضها قال الذي يظهر من مجموع الأخبار الواردة فيه اختصاص حرمة الغناء و ما يتعلق به من الأجر و التعليم و الاستماع و البيع و الشراء كلها بما كان على النحو المعهود المتعارف في زمن الخلفاء [بني أمية و بني العباس] من دخول الرجال عليهن و تكلمهن بالأباطيل

المكاسب، ج۱، ص ۳۸

و لعبهن بالملاهي من العيدان و القصب و غيرهما دون ما سوى ذلك من أنواعه كما يشعر به قوله ع ليست بالتي يدخل عليها الرجال إلى أن قال و على هذا فلا بأس بسماع التغني بالأشعار المتضمنة لذكر الجنة و النار و التشويق إلى دار القرار و وصف نعم الله الملك الجبار و ذكر العبادات و الترغيب في الخيرات و الزهد في الفانيات و نحو ذلك كما أشير إليه في حديث الفقيه بقوله فذكرتك الجنة و ذلك لأن هذا كله ذكر الله و ربما تقشعر منه جلود الذين يخشون ربهم ثم تلين جلودهم و قلوبهم إلى ذكر الله.

و بالجملة فلا يخفى على أهل الحجى بعد سماع هذه الأخبار تمييز حق الغناء عن باطله و أن أكثر ما يتغنى به المتصوفة في محافلهم من قبيل الباطل انتهى.

[نقد ما أفاده المحدث الكاشاني]

[نقد ما أفاده المحدث الكاشاني]

أقول لو لا استشهاده بقوله ليست بالتي يدخل عليها الرجال أمكن بلا تكلف تطبيق كلامه على ما ذكرناه من أن المحرم هو الصوت اللهوي الذي يناسبه اللعب بالملاهي و التكلم بالأباطيل و دخول الرجال على النساء لحظ السمع و البصر من شهوة الزنى دون مجرد الصوت الحسن الذي يذكر أمور الآخرة و ينسى شهوات الدنيا. إلا أن استشهاده بالرواية ليست بالتي يدخل عليها الرجال ظاهر في التفصيل بين أفراد الغناء لا من حيث نفسه فإن صوت المغنية التي تزف العرائس على سبيل اللهو لا محالة و لذا لو قلنا بإباحته فيما يأتي كنا قد خصصناه بالدليل

[نسبة ما قاله المحدث الكاشاني إلى صاحب الكفاية]

و نسب القول المذكور إلى صاحب الكفاية أيضا. و الموجود فيها بعد ذكر الأخبار المتخالفة جوازا و منعا في القرآن و غيره

[كلام صاحب الكفاية في الجمع بين الأخبار]

اشارة

أن الجمع بين هذه الأخبار يمكن بوجهين أحدهما تخصيص تلك الأخبار الواردة المانعة بما عدا القرآن و حمل ما يدل على ذم التغني بالقرآن على قراءة تكون على سبيل اللهو كما يصنعه الفساق في غنائهم و يؤيده رواية عبد الله بن سنان المذكورة: اقرءوا القرآن بألحان العرب و إياكم و لحون أهل الفسوق و الكبائر و سيجيء من بعدي أقوام يرجعون القرآن ترجيع الغناء. و ثانيهما أن يقال و حاصل ما قال حمل الأخبار المانعة على الفرد الشائع في ذلك الزمان قال و الشائع في ذلك الزمان الغناء على سبيل اللهو من الجواري و غيرهن في مجالس الفجور و الخمور و العمل بالملاهي و التكلم بالباطل و إسماعهن الرجال فحمل المفرد المعرف يعني

لفظ الغناء على تلك الأفراد الشائعة فى ذلك الزمان غير بعيد. ثم ذكر رواية على بن جعفر الآتية و رواية اقرءوا القرآن المتقدمة و قوله ليست بالتى يدخل عليها الرجال مؤيدا لهذا الحمل قال إن فيه إشعارا بأن منشأ المنع فى الغناء هو بعض الأمور المحرمة المقترنة به كالالتهاء و غيره إلى أن قال إن فى عدة من أخبار المنع عن الغناء إشعارا بكونه لهوا باطلا و صدق ذلك فى القرآن و الدعوات و الأذكار المقروة بالأصوات الطيبة المذكرة للجنة المهيجة للشوق إلى العالم الأعلى محل تأمل على أن التعارض واقع بين أخبار الغناء و الأخبار الكثيرة المتواترة الدالة على فضل قراءة القرآن و الأدعية و الأذكار بالصوت الحسن مع عمومها لغة و كثرتها و موافقتها للأصل. و النسبة بين الموضوعين عموم من وجه فإذا لا ريب فى تحريم الغناء على سبيل اللهو و الاقتران بالملاهى و نحوهما ثم إن ثبت إجماع فى غيره و إلا بقى حكمه على الإباحة و طريق الاحتياط واضح انتهى

[نقد ما أفاده صاحب الكفاية]

أقول لا يخفى أن الغناء على ما استفدناه من الأخبار بل و فتاوى الأصحاب و قول أهل اللغة هو من الملاهى نظير ضرب الأوتار و النفخ فى القصب و المزمار و قد تقدم التصريح بذلك فى رواية الأعمش الواردة فى الكبائر فلا يحتاج فى حرمته إلى أن يقترن بالمحرمات الأخر كما هو ظاهر بعض ما تقدم من المحدثين المذكورين.

[المظنون عدم إفتاء أحد بحرمة الصوت الحسن]

نعم لو فرض كون الغناء موضوعا لمطلق الصوت الحسن كما يظهر من بعض ما تقدم فى تفسير معنى التطريب توجه ما ذكر بل لا أظن أحدا يفتى بإطلاق حرمة الصوت الحسن. و الأخبار بمدح الصوت الحسن و أنه من أجمل الجمال و استحباب القراءة و الدعاء به و أنه حلية القرآن و اتصاف الأنبياء و الأئمة به فى غاية الكثرة

[الأخبار فى مدح الصوت الحسن فى غاية الكثرة]

و قد جمعها فى الكفاية بعد ما ذكر أن غير واحد من الأخبار يدل على جواز الغناء فى القرآن بل استحبابه بناء على دلالة الروايات على استحباب حسن الصوت و التحزين و الترجيع به و الظاهر أن شيئا منها لا يوجد بدون الغناء على ما استفيد من كلام أهل اللغة و غيرهم على ما فصلناه فى بعض رسائلنا انتهى و قد صرح فى شرح قوله ص: اقرءوا القرآن بألحان العرب إن اللحن هو الغناء. و بالجملة فنسبة الخلاف إليه فى معنى الغناء أولى من نسبة التفصيل إليه بل ظاهر أكثر كلمات المحدث الكاشانى أيضا ذلك لأنه فى مقام نفى التحريم عن الصوت الحسن المذكر لأمور الآخرة المنسى لشهوات الدنيا.

[ظهور بعض كلمات المحقق السبزوارى و المحدث الكاشانى فى ما نسب إليهما]

نعم بعض كلماتهما ظاهرة فيما نسب إليهما التفصيل فى الصوت اللهوى الذى ليس هو عند التأمل تفصيلا بل قول بإطلاق جواز الغناء و أنه لا حرمة فيه أصلا و إنما الحرام ما يقترن به من المحرمات فهو على تقدير صدق نسبته إليهما فى غاية الضعف لا شاهد له يقيد الإطلاقات الكثيرة المدعى تواترها إلا بعض الروايات التى ذكراها

[بعض الروايات التى يمكن أن تكون شاهدة لما نسب إليهما]

اشارة

منهـا مـا عـن الحميرى بسـند لـم يبعـد فى الكفايـهٔ إلحـاقه بالصـحاح عن على بن جعفر عن أخيه ع قـال: سـألته عن الغنـاء فى الفطر و الأضـحى و الفرح قال لا بأس به ما لم يعص به و المراد به ظاهرا ما لم يصر الغناء سببا للمعصيهٔ و لا مقدمهٔ للمعاصى المقارنهٔ له و منها مـا فى كتـاب على بن جعفر عن أخيه قال: سألته عن الغناء هل يصـلح فى الفطر و الأضـحى و الفرح قال لا بأس ما لم يزمر به و الظاهر أن المراد بقوله مـا لم يزمر به ما لم يلعب معه بالمزمار أو ما لم يكن الغناء بالمزمار و نحوه من آلات الأغانى. و روايـهٔ أبى بصـير قال: سألت أبا عبـد الله ع عن كسب المغنيات فقال التى يـدخل عليها الرجال حرام و التى تدعى إلى الأعراس لا بأس به و هو قول الله عز و جل وَ مِنَ النَّاسِ مَنْ يَشْتَرِى لَهْوَ الْحَدِيثِ لِيُضِلَّ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ و عن أبى بصير عن أبى عبـد الله ع قال: أجر المغنيهٔ التى تزف العرائس لبس به بأس ليست بالتى يـدخل عليها الرجال فإن ظاهر الثانيهٔ و صـريح الأولى أن حرمهٔ الغناء منوطهٔ بما يقصد منه فإن كان المقصود إقامـهٔ مجلس اللهو حرم و إلا فلا. و قوله فى الروايهٔ و هو قول الله إشارهٔ إلى ما ذكره من التفصـيل و يظهر منه أن كلا الغناءين من لهو الحديث لكن يقصد بأحدهما إدخال الناس فى المعاصى و الإخراج عن سبيل الحق و طريق الطاعهٔ دون الآخر.

[توجيه الروايات]

و أنت خبير بعدم مقاومهٔ هذه الأخبار للإطلاقات لعدم ظهور يعتد به فى دلالتها فإن الروايهٔ الأولى لعلى بن جعفر

المكاسب، ج ۱، ص ۳۹

ظاهرهٔ فى تحقق المعصيهٔ بنفس الغناء فيكون المراد بالغناء مطلق الصوت المشتمل على الترجيع و هو قد يكون مطربا ملهيا فيحرم و قد لا ينتهى إلى ذلك الحـد فلا يعصـى به و منه يظهر توجيه الروايـهٔ الثانيهٔ لعلى بن جعفر ع فإن معنى قوله لم يزمر به لم يرجع فيه ترجيع المزمار أو أن المراد من الزمر التغنى على سبيل اللهو. و أما روايـهٔ أبى بصـير مع ضـعفها سـندا بعلى بن أبى حمزهٔ البطائنى فلا تدل إلا على كون غناء المغنيـهٔ التى يدخل عليها الرجال داخلا فى لهو الحديث فى الآيهٔ و عدم دخول غناء التى تدعى إلى الأعراس فيه و هذا لا يدل على دخول ما لم يكن منهما فى القسم المباح مع كونه من لهو الحديث قطعا فإذا فرضـنا أن المغنى يغنى بإشعار باطلهٔ فدخول هـذا فى الآيـهٔ أقرب من خروجه. و بالجملهٔ فالمذكور فى الروايهٔ تقسيم غناء المغنيهٔ باعتبار ما هو الغالب من أنها تطلب للتغنى إما فى المجالس المختصهٔ بالنساء كما فى الأعراس و إما للتغنى فى مجالس الرجال.

[عدم رفع اليد عن إطلاق الحرمهٔ لأجل إشعار بعض الروايات بالجواز]

نعم الإنصاف أنه لا يخلو من إشـعار بكون المحرم هو الذى يدخل فيه الرجال على المغنيات لكن المنصف لا يرفع اليد عن الإطلاقات لأجل هذا الإشعار خصوصا مع معارضته بما هو كالصريح فى حرمهٔ غناء المغنيهٔ و لو لخصوص مولاها كما تقدم من قوله ع: قد يكون للرجل الجاريـهٔ تلهيه و ما ثمنها إلا ثمن الكلب فتأمل. و بالجملـهٔ فضـعف هـذا القول بعـد ملاحظـهٔ النصوص أظهر من أن يحتاج إلى الإظهار و ما أبعـد ما بين هـذا و بين ما سيجىء من فخر الـدين من عـدم تجويز الغناء فى الأعراس لأن الروايتين و إن كانتا نصـين فى الجواز إلاـ أنهما لا تقاومان الأخبار المانعـهٔ لتواترها. و أما ما ذكره فى الكفايـهٔ من تعارض أخبار المنع للأخبار الواردهٔ فى فضل قراءهٔ القرآن فيظهر فساده عند التكلم فى التفصيل

و أما الثانى و هو الاشتباه فى الموضوع

فهو ما ظهر من بعض من لا خبرهٔ له من طلبـهٔ زماننا تقليـدا لمن سـبقه من أعياننا من منع صـدق الغناء فى المراثى و هو عجيب فإنه إن أراد أن الغناء مما يكون لمواد الألفاظ دخل فيه فهو تكـذيب للعرف و اللغهٔ. أما اللغهٔ فقد عرفت و أما العرف فلأنه لا ريب فى أن من سمع من بعيـد صوتـا مشـتملا على الإـطراب المقتضـى للرقص أو ضـرب آلاـت اللهو لا يتأمل فى إطلاق الغناء عليه إلى أن يعلم مواد

الألفاظ و إن أراد أن الكيفية التى يقرأ بها للمرثية لا يصدق عليها تعريف الغناء فهو تكذيب للحسن.

و أما الثالث و هو اختصاص الحرمة ببعض أفراد الموضوع

اشارة

فقد حكى فى جامع المقاصد قولا لم يسم قائله باستثناء الغناء فى المراثى نظير استثنائه فى الأعراس و لم يذكر وجهه و ربما وجهه بعض من متأخرى المتأخرين لعمومات أدلة الإبكاء و الرثاء و قد أخذ ذلك مما تقدم عن صاحب الكفاية من الاستدلال بإطلاق أدلة قراءة القرآن.

[المناقشة فيه أن أدلة المستحبات لا تقاوم أدلة المحرمات]

و فيه أن أدلة المستحبات لا تقاوم أدلة المحرمات خصوصا التى تكون من مقدماتها فإن مرجع أدلة الاستحباب- إلى استحباب إيجاد الشىء بسببه المباح لا بسببه المحرم أ لا ترى أنه لا يجوز إدخال السرور فى قلب المؤمن و إجابته بالمحرمات كالزنا و اللواط و الغناء و السر فى ذلك أن دليل الاستحباب إنما يدل على كون الفعل لو خلى و طبعه خاليا عما يوجب لزوم أحد طرفيه فلا ينافى ذلك طرو عنوان من الخارج يوجب لزوم فعله أو تركه كما إذا صار مقدمة لواجب أو صادفه عنوان محرم فأجابه المؤمن و إدخال السرور فى قلبه ليس فى نفسه شىء ملزما لفعله أو تركه فإذا تحقق فى ضمن الزنى فقد طرأ عليه عنوان ملزم لتركه كما أنه إذا أمر به الوالد أو السيد طرأ عليه عنوان ملزم لفعله. و الحاصل أن جهات الأحكام الثلاثة أعنى الإباحة و الاستحباب و الكراهة لا تزاحم جهة الوجوب أو الحرمة فالحكم لهما مع اجتماع جهتيهما مع إحدى الجهات الثلاث.

[الاستشهاد بالنبوى]

و يشهد لما ذكرنا من عدم تأدى المستحبات فى ضمن المحرمات قوله ص: اقرءوا القرآن بألحان العرب و إياكم و لحون أهل الفسوق و الكبائر و سيجىء بعدى أقوام يرجعون القرآن ترجيع الغناء و النوح و الرهبانية لا- يجوز تراقيهم قلوبهم مقلوبة و قلوب من يعجبه شأنهم قال فى الصحاح اللحن واحد الألحان و اللحون و منه الحديث اقرءوا القرآن بلحون العرب و قد لحن فى قراءته إذا طرب بها و غرد و هو ألحن الناس إذا كان أحسنهم قراءة أو غناء انتهى.

[ما أفاده صاحب الحدائق حول كلمة اللحن]

و صاحب الحدائق جعل اللحن فى هذا الخبر بمعنى اللغة أى بلغة العرب و كأنه أراد باللغة اللهجة و تخيل أن إبقاءه على معناه يوجب ظهور الخبر فى جواز الغناء فى القرآن.

[المناقشة فى ما أفاده صاحب الحدائق]

و فيه ما تقدم من أن مطلق اللحن إذا لم يكن على سبيل اللهو ليس غناء. و قوله ص و إياكم و لحون أهل الفسوق نهى عن الغناء فى القرآن ثم إن فى قوله لا يجوز تراقيهم إشارة إلى أن مقصودهم ليس تدبر معانى القرآن بل هو مجرد الصوت المطرب.

[لا منافاة بين حرمة الغناء فى القرآن و بين ما روى فى الترجيع بالقرآن]

و ظهر مما ذکرنا أنه لا تنافی بین حرمة الغناء فی القرآن و ما ورد من قوله ع: و رجع بالقرآن صوتک فإن الله یحب الصوت الحسن فإن المراد بالترجیع تردید الصوت فی الحلق و من المعلوم أن مجرد ذلک لا- یکون غناء إذا لم یکن علی سبیل اللهو فالمقصود من الأمر بالترجیع أن لا یقرأ کقراءة عبائر الکتب عند المقابلة لکن مجرد الترجیع لا یکون غناء و لذا جعله نوعا منه فی قوله ص یرجعون القرآن ترجیع الغناء. و فی محکی شمس العلوم أن الترجیع تردید الصوت مثل ترجیع أهل الألحان و القراءة و الغناء انتهی. و بالجملة فلا تنافی بین الخبرین و لا بینهما و بین ما دل علی حرمة الغناء حتی فی القرآن کما تقدم زعمه من صاحب الکفایة فی بعض ما ذکره من عدم اللهو فی قراءة القرآن و غیره

[ما ذکره المحقق الأردبیلی فی تأیید استثناء المراثی و المناقشة فیه]

تبعا لما ذکره المحقق الأردبیلی رحمه الله حیث إنه بعد ما وجه استثناء المراثی و غیرها من الغناء بأنه ما ثبت الإجماع إلا فی غیرها. و الأخبار لیست بصحیحة صریحة فی التحریم مطلقا أید استثناء المراثی بأن البکاء و التفجع مطلوب مرغوب و فیه ثواب عظیم و الغناء معین علی ذلک و أنه متعارف دائما فی بلاد المسلمین من زمن المشایخ إلی زماننا هذا من غیر نکیر ثم أیده بجواز النیاحة و جواز أخذ الأجرة علیها و الظاهر أنها لا تکون إلا معه و بأن تحریم الغناء للطرب علی الظاهر و لیس فی المراثی طرب بل لیس إلا الحزن انتهی. و أنت خبیر بأن شیئا مما ذکره لا ینفع فی جواز الغناء علی الوجه الذی ذکرناه

[منع کون الغناء معینا علی البکاء]

أما کون الغناء معینا علی البکاء و التفجع فهو ممنوع بناء علی ما عرفت من کون الغناء هو الصوت اللهوی بل و علی ظاهر تعریف المشهور من الترجیع المطرب لأن الطرب الحاصل منه إن کان سرورا فهو مناف للتفجیع لا معین له و إن کان حزنا فهو علی ما هو المرکوز فی النفس الحیوانیة من فقد

المکاسب، ج۱، ص ۴۰

المشتهیات النفسانیة لا علی ما أصاب سادات الزمان مع أنه علی تقدیر الإعانة لا ینفع فی جواز الشیء کونه مقدمة لمستحب أو مباح بل لا بد من ملاحظة عموم دلیل الحرمة له فإن کان فهو و إلا فیحکم بإباحته للأصل و علی أی حال فلا یجوز التمسک فی الإباحة بکونه مقدمة لغیر حرام لما عرفت

[توجیه کلام الأردبیلی فی نفیه الطرب فی المراثی]

ثم إنه یظهر من هذا و ما ذکر أخیرا من أن المراثی لیس فیها طرب أن نظره إلی المراثی المتعارفة لأهل الدیانة التی لا یقصدونها إلا للتفجع و کأنه لم یحدث فی عصره المراثی التی یکتفی بها أهل اللهو و المترفون من الرجال و النساء بها عن حضور مجالس اللهو و ضرب العود و الأوتار و التغنی بالقصب و المزمار کما هو الشائع فی زماننا الذی قد أخبر النبی ص بنظیره فی قوله یتخذون القرآن مزامیر کما أن زیارة سیدنا و مولانا أبی عبد الله ع صار سفرها من أسفار اللهو و النزاهة لکثیر من المترفین. و قد أخبر النبی ص بنظیره فی سفر الحج: و أنه یحج أغنیاء أمتی للنزهة و الأوساط للتجارة و الفقراء للسمعة و کان کلامه ص کالکتاب العزیز واردا فی مورد و جاریا فی نظیره. و الذی أظن أن ما ذکرناه فی معنی الغناء المحرم من أنه الصوت اللهوی أن هؤلاء و غیرهم غیر مخالفین فیه و أما ما لم یکن علی جهة اللهو المناسب لسائر آلاته فلا دلیل علی تحریمه لو فرض شمول الغناء له لأن مطلقات الغناء منزلة علی ما دل علی إناطة الحکم فیه باللهو و الباطل من الأخبار المتقدمة خصوصا مع انصرافها فی أنفسها کأخبار المغنیة إلی هذا الفرد.

بقی الکلام فیما استثناه المشهور

اشارة

و هو أمران

أحدهما الحداء

بالضم كدعاء صوت يرجع فيه للسير بالإبل. و فى الكفاية أن المشهور استثناؤه و قد صرح بذلك فى شهادات الشرائع و القواعد و فى الدروس و على تقدير كونه من الأصوات اللهوية كما يشهد به استثناؤهم إياه عن الغناء بعد أخذهم الإطراب فى تعريفه فلم أجد ما يصلح لاستثنائه مع تواتر الأخبار بالتحريم عدا رواية نبوية ذكرها فى المسالك من تقرير النبى ص لعبد الله بن رواحة حيث حدا للإبل و كان حسن الصوت و فى دلالته و سنده ما لا يخفى.

الثانى غناء المغنية فى الأعراس

إذا لم يكتنف بها محرم آخر من التكلم بالأباطيل و اللعب بآلات الملاهى المحرمة و دخول الرجال على النساء و المشهور استثناؤه للخبرين المتقدمين عن أبى بصير فى أجر المغنية التى تزف العرائس و نحوهما ثالث عنه أيضا. و إباحة الأجر لازمة لإباحة الفعل و دعوى أن الأجر لمجرد الزف لا للغناء عنده مخالفة للظاهر لكن فى سند الروايات أبو بصير و هو غير صحيح و الشهرة على وجه يوجب الانجبار غير ثابتة لأن المحكى عن المفيد رحمه الله و المرتضى و ظاهر الحلبى و صريح الحلى و التذكرة و الإيضاح بل كل من لم يذكر الاستثناء بعد التعميم المنع. لكن الإنصاف أن سند الروايات و إن انتهت إلى أبى بصير إلا أنه لا يخلو من وثوق فالعمل بها تبعا للأكثر غير بعيد و إن كان الأحوط كما فى الدروس الترك و الله العالم

الغيبة

الرابعة عشرة الغيبة حرام بالأدلة الأربعة

و يدل عليه من الكتاب

قوله تعالى وَ لا يَغْتَبْ بَعْضُكُمْ بَعْضاً أَ يُحِبُّ أَحَدُكُمْ أَنْ يَأْكُلَ لَحْمَ أَخِيهِ مَيْتاً فَكَرِهْتُمُوهُ فجعل المؤمن أخا و عرضه كلحمه و التفكه به أكلا و عدم شعوره بذلك بمنزلة حالة موته.

و قوله تعالى وَيْلٌ لِكُلِّ هُمَزَةٍ لُمَزَةٍ و قوله تعالى لا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظُلِمَ و قوله تعالى إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذابٌ أَلِيمٌ.

و يدل عليه من الأخبار

ما لا يحصى فمنها ما روى عن النبى ص بعده طرق: أن الغيبة أشد من الزنى و إن الرجل يزنى فيتوب و يتوب الله عليه و إن صاحب الغيبة لا يغفر له حتى يغفر له صاحبه و عنه ص: أنه خطب يوما فذكر الربا و عظم شأنه فقال إن الدرهم يصيبه الرجل من الربا أعظم من ستة و ثلاثين زنية و إن أربى الربا عرض الرجل المسلم و عنه ص: من اغتاب مسلما أو مسلمة لم يقبل الله صلاته و لا صيامه أربعين صباحا إلا أن يغفر له صاحبه و عنه ص: من اغتاب مؤمنا بما فيه لم يجمع الله بينهما فى الجنة و من اغتاب مؤمنا بما ليس فيه

انقطعت العصمة بينهما و كان المغتاب خالدا فى النار و بئس المصير و عنه ع: كذب من زعم أنه ولد من حلال و هو يأكل لحوم الناس بالغيبة فاجتنب الغيبة فإنها إدام كلاب النار و عنه ع: من مشى فى غيبة أخيه و كشف عورته كانت أول خطوة خطاها وضعها فى جهنم و روى: أن المغتاب إذا تاب فهو آخر من يدخل الجنة و إن لم يتب فهو أول من يدخل النار و عنه ص: إن الغيبة حرام على كل مسلم و إن الغيبة لتأكل الحسنات كما تأكل النار الحطب و أكل الحسنات إما أن يكون على وجه الإحباط أو لاضمحلال ثوابها فى جنب عقابه أو لأنها تنقل الحسنات إلى المغتاب كما فى غير واحد من الأخبار. و منها النبوى ص: يؤتى بأحد يوم القيامة فيوقف بين يدى الرب عز و جل و يدفع إليه كتابه فلا يرى حسناته فيه فيقول إلهى ليس هذا كتابى لا أرى فيه حسناتى فيقال له إن ربك لا يضل و لا ينسى ذهب عملك باغتياب الناس ثم يؤتى بآخر و يدفع إليه كتابه فيرى فيه طاعات كثيرة فيقول إلهى ما هذا كتابى فإنى ما عملت هذه الطاعات فيقال له إن فلانا اغتابك فدفعت حسناته إليك الخبر و منها ما ذكره كاشف الريبة رحمه الله رواية عن عبد الله بن سليمان النوفلى الطويلة عن الصادق ع و فيها عن النبى ص: أدنى الكفر أن يسمع الرجل من أخيه كلمة فيحفظها عليه يريد أن يفضحه بها أولئك لا خلاق لهم و حدثنى أبى عن آبائه عن على ع أنه: من قال فى مؤمن ما رأته عيناه و سمعت أذناه مما يشينه و يهدم مروته فهو من الذين قال الله عز و جل إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفاحِشَةُ فِی الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذابٌ أَلِيمٌ.

ثم إن ظاهر هذه الأخبار كون الغيبة من الكبائر

كما ذكر جماعة بل أشد من بعضها- و عد فى غير واحد من الأخبار من الكبائر الخيانة و يمكن إرجاع الغيبة إليها فأى خيانة أعظم من التفكه بلحم الأخ على غفلة منه و عدم شعوره بذلك. و كيف كان فما سمعناه من بعض من عاصرناه من الوسوسة فى عدها من الكبائر إظهار فى غير المحل

ثم إن ظاهر الأخبار اختصاص حرمة الغيبة بالمؤمن

فيجوز اغتياب المخالف كما يجوز لعنه و توهم عموم الآية كبعض الروايات لمطلق المسلم مدفوع بما علم بضرورة المذهب من عدم احترامهم و عدم جريان أحكام الإسلام عليهم إلا- قليلا- مما يتوقف استقامة نظم معاش المؤمنين عليه مثل عدم انفعال ما يلاقيهم بالرطوبة و حل ذبائحهم و مناكحتهم

المكاسب، ج۱، ص ۴۱

و حرمة دمائهم لحكمة دفع الفتنة و نسائهم لأن لكل قوم نكاحا و نحو ذلك مع أن التمثيل المذكور فى الآية مختص بمن ثبت إخوته فلا يعم من وجب التبرى عنه و كيف كان فلا إشكال فى المسألة بعد ملاحظة الروايات الواردة فى الغيبة و فى حكمه حرمتها و فى حال غير المؤمن فى نظر الشارع.

ثم الظاهر دخول الصبى المميز المتأثر بالغيبة لو سمعها

لعموم بعض الروايات المتقدمة و غيرها الدالة على حرمة اغتياب الناس و أكل لحومهم مع صدق الأخ عليه كما يشهد به قوله تعالى وَ إِنْ تُخالِطُوهُمْ فَإِخْوانُكُمْ فى الدين مضافا إلى إمكان الاستدلال بالآية و إن كان الخطاب للمكلفين بناء على عد أطفالهم منهم تغليبا و إمكان دعوى صدق المؤمن عليه مطلقا أو فى الجملة و لعله لما ذكرنا صرح فى كشف الريبة بعدم الفرق بين الصغير و الكبير و ظاهره الشمول لغير المميز أيضا

و منه يظهر حكم المجنون

إلا أنه صرح بعض الأساطين باستثناء من لا عقل له و لا تمييز معللا بالشك في دخوله تحت أدلة الحرمة و لعله من جهة أن الإطلاقات منصرفة إلى من يتأثر لو سمع و سيتضح ذلك زيادة على ذلك.

بقي الكلام في أمور

الأول [حقيقة] الغيبة

اشارة

اسم مصدر لاغتاب أو مصدر لغاب ففي المصباح اغتابه إذا ذكره بما يكرهه من العيوب و هو حق و الاسم الغيبة و عن القاموس غابه أي عابه و ذكره بما فيه من السوء و عن النهاية أن يذكر الإنسان في غيبته بسوء مما يكون فيه. و الظاهر من الكل خصوصا القاموس المفسر لها أولا بالعيب أن المراد ذكره في مقام الانتقاص و المراد بالموصول هو نفس النقص الذي فيه و الظاهر من الكراهة في عبارة المصباح كراهة وجوده و لكنه غير مقصود قطعا فالمراد إما كراهة ظهوره و لو لم يكره وجوده كالميل إلى القبائح و إما كراهة ذكره بذلك العيب. و على هذا التعريف دلت جملة من الأخبار مثل: قوله ع و قد سأله أبو ذر عن الغيبة أنها ذكرك أخاك بما يكرهه و في نبوي آخر قال ص: أ تدرون ما الغيبة قالوا الله و رسوله أعلم قال ذكركم أخاكم بما يكرهه

[ما قاله في جامع المقاصد في حقيقة الغيبة]

و لذا قال في جامع المقاصد إن حد الغيبة على ما في الأخبار أن تقول في أخيك ما يكرهه لو سمعه مما هو فيه. و المراد بما يكرهه كما تقدم في عبارة المصنف ما يكره ظهوره سواء كره وجوده كالبرص و الجذام أم لا- كالميل إلى القبائح و يحتمل أن يراد بالموصول نفس الكلام الذي يذكر الشخص به و يكون كراهته إما لكونه إظهارا للعيب و إما لكونه صادرا على جهة المذمة و الاستخفاف و الاستهزاء و إن لم يكن العيب مما يكره إظهاره لكونه ظاهرا بنفسه و إما لكونه مشعرا بالذم و إن لم يقصد المتكلم الذم به كالألقاب المشعرة بالذم قال في الصحاح الغيبة أن يتكلم خلف إنسان مستور بما يغمه لو سمعه. و ظاهره التكلم بكلام يغمه لو سمعه

بل في كلام بعض من قارب عصرنا

أن الإجماع و الأخبار متطابقان على أن حقيقة الغيبة أن يذكر الغير بما يكره لو سمعه سواء أ كان بنقص في نفسه أو بدنه أو دينه أو دنياه أو فيما يتعلق به من الأشياء و ظاهره أيضا إرادة الكلام المكروه.

و قال الشهيد الثاني في كشف الريبة

أن الغيبة ذكر الإنسان في حال غيبته بما يكره نسبته إليه مما يعد نقصا في العرف بقصد الانتقاص و الذم و يخرج على هذا التعريف ما إذا ذكر الشخص بصفات ظاهرة يكون وجودها نقصا مع عدم قصد انتقاصه بذلك مع أنه داخل في التعريف عند الشهيد أيضا حيث عد من الغيبة ذكر بعض الأشخاص بالصفات المعروف بها كالأعمش و الأعور و نحوهما. و كذلك ذكر عيوب الجارية التي يراد شراؤها إذا لم يقصد من ذكرها إلا بيان الواقع و غير ذلك مما ذكره هو و غيره من المستثنيات و دعوى أن قصد الانتقاص يحصل بمجرد بيان النقائص موجبة لاستدراك ذكره بعد قوله مما يعد نقصا.

[أولى التعاريف بملاحظة الأخبار و كلمات الأصحاب]

و الأولى بملاحظة ما تقدم من الأخبار و كلمات الأصحاب بناء على إرجاع الكراهة إلى الكلام المذكور به لا إلى الوصف ما تقدم من أن الغيبة أن يذكر الإنسان بكلام يسوؤه إما بإظهار عيبه المستور و إن لم يقصد انتقاصه و إما بانتقاصه بعيب غير مستور إما بقصد التكلم أو بكون الكلام بنفسه منقصا له كما إذا اتصف الشخص بالألقاب المشعرة بالذم. نعم لو أرجعت الكراهة إلى الوصف الذى يسند إلى الإنسان تعين إرادة كراهة ظهورها فيختص بالقسم الأول و هو ما كان إظهارا لأمر مستور.

و يؤيد هذا الاحتمال بل يعينه الأخبار المستفيضة الدالة على اعتبار كون المقول مستورا غير منكشف

مثل قوله ع فيما رواه العياشى بسنده عن ابن سنان: الغيبة أن تقول فى أخيك ما فيه مما قد ستره الله عليه و رواية داود بن سرحان المروية فى الكافى قال: سألت أبا عبد الله ع عن الغيبة قال هو أن تقول لأخيك فى دينه ما لم يفعل و تبث عليه أمر قد ستره الله تعالى عليه لم يقم عليه فيه حد و رواية أبان عن رجل لا يعلمه إلا يحيى الأزرق قال: قال لى أبو الحسن ع من ذكر رجلا من خلفه بما هو فيه مما عرفه الناس لم يغتبه و من ذكره من خلفه بما هو فيه مما لا يعرفه الناس فقد اغتابه و من ذكره بما ليس فيه فقد بهته و حسنة عبد الرحمن بن سيابة بابن هاشم قال قال سمعت أبا عبد الله ع يقول: الغيبة أن تقول فى أخيك ما ستره الله عليه و أما الأمر الظاهر فيه مثل الحدة و العجلة فلا- و البهتان أن تقول فيه ما ليس فيه و هذه الأخبار كما ترى صريحة فى اعتبار كون الشىء غير منكشف. و يؤيد ذلك ما فى الصحاح من أن الغيبة أن يتكلم خلف إنسان مستور بما يغمه لو سمعه فإن كان صدقا سمى غيبة و إن كان كذبا سمى بهتانا فإن أراد من المستور من حيث ذلك المقول وافق الأخبار و إن أراد مقابل المتجاهر احتمل الموافقة و المخالفة.

و الملخص من مجموع ما ورد فى المقام أن الشىء المقول إن لم يكن نقصا

فلا- يكون ذكر الشخص حينئذ غيبة و إن اعتقد المقول فيه كونه نقصا عليه نظير ما إذا نفى عنه الاجتهاد و ليس ممن يكون ذلك نقصا فى حقه إلا أنه معتقد باجتهاد نفسه. نعم قد يحرم هذا من وجه آخر

و إن كان نقصا شرعا أو عرفا بحسب حال المغتاب

فإن كان مخفيا للسامع بحيث يستنكف عن ظهوره للناس و أراد القائل تنقيص المغتاب به فهو المتيقن من أفراد الغيبة و إن لم يرد القائل التنقيص فالظاهر حرمته لكونه كشفا لعورة المؤمن و قد تقدم الخبر من مشى فى غيبة أخيه و كشف عورته. و فى صحيحة ابن سنان عن أبى عبد الله ع قال: قلت عورة المؤمن على المؤمن حرام قال نعم قلت تعنى سفلتيه قال ليس حيث تذهب إنما هى إذاعة سره و فى رواية محمد بن فضل عن أبى الحسن ع: و لا

المكاسب، ج ۱، ص ۴۲

تذيعن عليه شيئا تشينه به و تهدم به مروته فتكون من الذين قال الله عز و جل فى كتابه إِنَّ الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفاحِشَةُ فِي الَّذِينَ آمَنُوا لَهُمْ عَذابٌ أَلِيمٌ و لا يقيد إطلاق النهى بصورة قصد الشين و الهدم من جهة الاستشهاد بآية حب شياع الفاحشة بل الظاهر أن المراد مجرد فعل ما يوجب شياعها مع أنه لا فائدة كثيرة فى التنبيه على دخول القاصد لإشاعة الفاحشة فى عموم الآية و إنما يحسن التنبيه على أن قاصد السبب قاصد للمسبب و إن لم يقصده بعنوانه.

[إذاعة ما يوجب مهانة المؤمن هل هى غيبة أم لا]

و كيف كان فلا إشكال من حيث النقل و العقل فى حرمة إذاعة ما يوجب مهانة المؤمن و سقوطه عن أعين الناس فى الجملة. و إنما

الكلام فى أنها غيبة أم لا مقتضى الأخبار المتقدمة بأسرها ذلك خصوصا المستفيضة الأخيرة فإن التفصيل فيها بين الظاهر و الخفى إنما يكون مع عدم قصد القائل المذمة و الانتقاص و أما مع قصده فلا فرق بينهما فى الحرمة و المنفى فى تلك الأخبار و إن كان تحقق موضوع الغيبة دون الحكم بالحرمة إلا أن ظاهر سياقها نفى الحرمة فيما عداها أيضا لكن مقتضى ظاهر التعريف المتقدم عن كشف الريبة عدمه لأنه اعتبر قصد الانتقاص و الذم إلا أن يراد اعتبار ذلك فيما يقع على وجهين دون ما لا يقع إلا على وجه واحد فإن قصد ما لا ينفك عن الانتقاص قصد له

و إن كان المقول نقصا ظاهرا للسامع

فإن لم يقصد القائل الذم و لم يكن الوصف من الأوصاف المشعرة بالذم نظير الألقاب المشعرة به فالظاهر أنه خارج عن الغيبة لعدم حصول كراهة للمقول فيه لا من حيث الإظهار و لا من حيث ذم المتكلم و لا من حيث الإشعار و إن كان من الأوصاف المشعرة بالذم أو قصد المتكلم التعيير و المذمة لوجوده فلا إشكال فى حرمة الثانى بل و كذا الأول لعموم ما دل على حرمة إيذاء المؤمن و إهانته- و حرمة التنابز بالألقاب و حرمة تعيير المؤمن على صدور معصية منه فضلا عن غيرها. ففى عدة من الأخبار: من عير مؤمنا على معصية لم يمت حتى يرتكبه و إنما الكلام فى كونهما من الغيبة فإن ظاهر المستفيضة المتقدمة عدم كونهما منها. و ظاهر ما عداها من الأخبار المتقدمة بناء على إرجاع الكراهة فيها إلى كراهة الكلام الذى يذكر به الغير و كذلك كلام أهل اللغة عدا الصحاح على بعض احتمالاته كونهما غيبة. و العمل بالمستفيضة لا يخلو عن قوة و إن كان ظاهر الأكثر خلافه فيكون ذكر الشخص بالعيوب الظاهرة التى لا يفيد السامع اطلاعا لم يعلمه و لا يعلمه عادة من غير خبر مخبر ليس غيبة- فلا يحرم إلا إذا ثبتت الحرمة من حيث المذمة و التعيير أو من جهة كون نفس الاتصاف بتلك الصفة مما يستنكفه المغتاب و لو باعتبار بعض التعبيرات فيحرم من جهة الإيذاء و الاستخفاف و الذم و التعيير.

[عدم الفرق فى النقص بين أن يكون فى بدنه أو نسبه أو خلقه أو فعله أو قوله أو دينه أو دنياه]

ثم الظاهر المصرح به فى بعض الروايات- عدم الفرق فى ذلك على ما صرح به غير واحد بين ما كان نقصانا فى بدنه أو نسبه أو خلقه أو فعله أو قوله أو دينه أو دنياه حتى فى ثوبه أو داره أو دابته أو غير ذلك. و قد روى عن مولانا الصادق ع الإشارة إلى ذلك بقوله: وجوه الغيبة تقع بذكر عيب فى الخلق و الفعل و المعاملة و المذهب و الجهل و أشباهه

[ما أفاده بعض فى بيان وجوه النقص]

قيل أما البدن فكذكرك فيه العمش و الحول و العور و القرع و القصر و الطول و السواد و الصفرة و جميع ما يتصور أن يوصف به مما يكرهه. و أما النسب فبأن تقول أبوه فاسق أو خبيث أو خسيس أو إسكاف أو حائك أو نحو ذلك مما يكره. و أما الخلق فبأن تقول إنه سيئ الخلق بخيل مراء متكبر شديد الغضب جبان ضعيف القلب و نحو ذلك. و أما فى أفعاله المتعلقة بالدين فكقولك إنه سارق كذاب شارب خائن ظالم متهاون بالصلاة لا يحسن الركوع و السجود و لا يجتنب من النجاسات ليس بارا بوالديه لا يحرس نفسه من الغيبة و التعرض لإعراض الناس. و أما أفعاله المتعلقة بالدنيا فكقولك إنه قليل الأدب متهاون بالناس لا يرى لأحد عليه حقا كثير الكلام كثير الأكل نئوم يجلس فى غير موضعه. و أما فى ثوبه فكقولك إنه واسع الكم طويل الذيل وسخ الثياب و نحو ذلك.

[حرمة الاغتياب بغير اللسان من الفعل و الإشارة]

ثم إن ظاهر النص و إن كان منصرفا إلى الذكر باللسان لكن المراد حقيقة الذكر فهو مقابل الإغفال فكل ما يوجب التذكر للشخص

من القول و الفعل و الإشارة و غيرها فهو ذكر له و من ذلك المبالغة فى تهجين المطلب الذى ذكره بعض المصنفين بحيث يفهم منها الإزراء بحال ذلك المصنف فإن قولك إن هذا المطلب بديهى البطلان تعريض لصاحبه بأنه لا يعرف البديهيات- بخلاف ما إذا قيل إنه مستلزم لما هو بديهى البطلان لأن فيه تعريضا بأن صاحبه لم ينتقل إلى الملازمة بين المطلب و بين ما هو بديهى البطلان و لعل الملازمة نظرية و قد وقع من بعض الأعلام بالنسبة إلى بعضهم ما لا بد له من الحمل و التوجيه- أعوذ بالله من الغرور و إعجاب المرء بنفسه و حسده على غيره و الاستيكال بالعلم.

ثم إن دواعى الغيبة كثيرة

روى عن مولانا الصادق ع التنبيه عليها إجمالا بقوله ع: أصل الغيبة تتنوع بعشرة أنواع شفاء غيظ و مساعدة قوم و تصديق خبر بلا كشف- و تهمة و سوء ظن و حسد و سخرية و تعجب و تبرم و تزين- إلى آخر الخبر.

ثم إن ذكر الشخص قد يتضح كونها غيبة و قد يخفى على النفس لحب أو بغض

فيرى أنه لم يغتب و قد وقع فى أعظمها و من ذلك أن الإنسان قد يغتم بسبب ما يبتلى به أخوه فى الدين لأجل أمر يرجع إلى نقص فى فعله أو رأيه فيذكره المغتم فى مقام التأسف عليه بما يكره ظهوره للغير مع أنه كان يمكنه بيان حاله للغير على وجه لا يذكر اسمه ليكون قد أحرز ثواب الاغتمام على ما أصاب المؤمن لكن الشيطان يخدعه و يوقعه فى ذكر الاسم.

بقى الكلام فى أنه هل يعتبر فى الغيبة حضور مخاطب عند المغتاب

أو يكفى ذكره عند نفسه ظاهر الأكثر الدخول كما صرح به بعض المعاصرين.
نعم ربما يستثنى من حكمها عند من استثنى ما لو علم اثنان صفة شخص فيذكر أحدهما بحضرة الآخر و أما على ما قويناه من الرجوع فى تعريف الغيبة إلى ما دلت عليه المستفيضة المتقدمة من كونها هتك سر مستور فلا يدخل ذلك فى الغيبة.

[حكم غيبة شخص مجهول]

و منه يظهر أيضا أنه لا يدخل فيها ما لو كان الغائب

المكاسب، ج ۱، ص ۴۳

مجهولا-عند المخاطب مرددا بين أشخاص غير محصورة كما إذا قال جاءنى اليوم رجل بخيل دنى ذميم فإن ظاهر تعريف الأكثر دخوله و إن خرج عن الحكم بناء على اعتبار التأثير عند السامع و ظاهر المستفيضة المتقدمة عدم الدخول. نعم لو قصد المذمة و التعيير حرم من هذه الجهة فيجب على السامع نهى المتكلم عنه إلا إذا احتمل أن يكون الشخص متجاهرا بالفسق فيحمل فعل المتكلم على المصلحة كما سيجىء فى مسألة الاستماع و الظاهر أن الذم و التعيير لمجهول العين لا-يجب الردع عنه مع كون الذم و التعيير فى موقعهما بأن كان مستحقا لهما- و إن لم يستحق مواجهته بالذم أو ذكره عند غيره بالذم

هذا كله لو كان الغائب المذكور مشتبها على الإطلاق أما لو كان مرددا بين أشخاص

فإن كان بحيث لا يكره كلهم ذكر واحد مبهم منهم كان كالمشتبه على الإطلاق كما لو قال جاءنى عجمى أو عربى كذا و كذا إذا لم يكن الذم راجعا إلى العنوان كأن يكون فى المثالين تعريض إلى ذم تمام العجم أو العرب و إن كان بحيث يكره كلهم ذكر واحد مبهم منهم كأن يقول أحد ابنى زيد أو أحد أخويه كذا و كذا ففى كونه اغتيابا لكل منهما لذكرهما بما يكرهانه من التعريض

لاحتمال كونه هو المعيوب و عدمه لعدم تهتك ستر العيوب منهما كما لو قال أحد أهل البلد الفلانی كذا و كذا و إن كان فرق بينهما من جهة كون ما نحن فيه محرما من حيث الإساءة إلى المؤمن بتعريضه للاحتمال دون المثال أو كونه اغتيابا للمعيوب الواقعی منهما و إساءة بالنسبة إلى غيره لأنه هتك بالنسبة إليه لأنه إظهار فی الجملة لعيبه بتقليل مشاركيه فی احتمال المعيب فيكون الاطلاع عليه قريبا. و أما الآخر فقد أساء بالنسبة إليه حيث عرضه لاحتمال العيب وجوه

[ما حكاه فی جامع المقاصد عن بعض الفضلاء]

قال فی جامع المقاصد و يوجد فی كلام بعض الفضلاء أن من شرط الغيبة أن يكون متعلقها محصورا و إلا فلا تعد غيبة فلو قال عن أهل بلدة غير محصورين ما لو قاله عن شخص واحد كان غيبته لم يحتسب غيبته انتهی.

[نقد ما أفاده الفاضل المذكور]

أقول إن أراد أن ذم جمع غير محصور لا يعد غيبة و إن قصد انتقاص كل منهم كما لو قال أهل هذه القرية أو هذه البلدة كلهم كذا و كذا فلا إشكال فی كونها غيبة محرمة و لا وجه لإخراجه عن موضوعها أو حكمها و إن أراد ذم المتردد بين غير المحصور لا يعد غيبة فلا بأس كما ذكرنا و لذا ذكر بعض تبعا لبعض الأساطين فی مستثنيات الغيبة ما لو علق الذم بطائفة أو أهل بلدة أو أهل قرية مع قيام القرينة على عدم إرادة الجمع كذم العرب أو العجم أو أهل الكوفة أو البصرة أو بعض القرى انتهی. و لو أراد الأغلب ففی كونه اغتيابا لكل منهم و عدمه ما تقدم فی المحصور

و بالجملة فالمدار فی التحريم غير المدار فی صدق الغيبة و بينهما عموم من وجه.

الثانی فی كفارة الغيبة الماحية لها

اشارة

و مقتضی كونها من حقوق الناس توقف رفعها على إسقاط صاحبها حقه.

أما كونها من حقوق الناس

فلأنه ظلم على المغتاب و للأخبار فی أن من حق المؤمن على المؤمن أن لا يغتابه و أن حرمة عرض المسلم كحرمة دمه و ماله و أما توقف رفعها على إبراء ذی الحق فللمستفيضة المعتضدة بالأصل-

[الأخبار الدالة على توقف رفعها على إبراء ذی الحق]

منها ما تقدم من أن الغيبة لا تغفر حتی يغفر صاحبها و أنها ناقلة للحسنات و السيئات. و منها ما حكاه غير واحد عن الشيخ الكراجكی بسنده المتصل إلى علی بن الحسين عن أبيه عن آبائه عن أمير المؤمنين ع قال قال رسول الله ص: للمؤمن على أخيه ثلاثون حقا لا براءة منها إلا بأدائها أو العفو إلى أن قال سمعت رسول الله ص يقول إن أحدكم ليدع من حقوق أخيه شيئا فيطالبه به يوم القيامة فيقضی له و عليه و النبوی المحكی فی السرائر و كشف الريبة: من كانت لأخيه عنده مظلمة فی عرض أو مال فليستحلها من قبل أن يأتی يوم ليس هناك درهم و لا دينار فيؤخذ من حسناته فإن لم تكن له حسنات أخذ من سيئات صاحبه فتتزايد على سيئاته و فی نبوی آخر: من اغتاب مسلما أو مسلمة لم يقبل الله صلاته و لا صيامه أربعين يوما و ليلة إلا أن يغفر له صاحبه. و فی دعاء التاسع و

الثلاثين من أدعية الصحيفة السجادية و دعاء يوم الاثنين من ملحقاتها ما يدل على هذا المعنى أيضا.

[عدم الفرق بين التمكن من الاستبراء و تعذره]

و لا فرق فى مقتضى الأصل و الأخبار بين التمكن من الوصول إلى صاحبه و تعذره لأن تعذر البراءة لا يوجب سقوط الحق كما فى غير هذا المقام

[النبوى المعارض للإطلاقات المتقدمة]

لكن روى السكونى عن أبى عبد الله ع عن النبى ص: إن كفارة الاغتياب أن تستغفر لمن اغتبته كلما ذكرته و لو صح سنده أمكن تخصيص الإطلاقات المتقدمة به فيكون الاستغفار طريقا أيضا إلى البراءة مع احتمال العدم أيضا لأن كون الاستغفار كفارة لا يدل على البراءة فلعله كفارة للذنب من حيث كونه حقا لله تعالى- نظير كفارة قتل الخطاء التى لا توجب براءة القاتل إلا أن يدعى ظهور السياق فى البراءة.

[ما أفاده فى كشف الريبة فى الجمع بين النبويين المتعارضين]

قال فى كشف الريبة بعد ذكر النبويين الأخيرين المتعارضين و يمكن الجمع بينهما بحمل الاستغفار- على من لم تبلغه غيبته المغتاب فينبغى له الاقتصار على الدعاء و الاستغفار لأن فى محالته إثارة للفتنة و جلبا للضغائن و فى حكم من لم تبلغه من لم يقدر على الوصول إليه لموت أو غيبة و حمل المحالة على من يمكن التوصل إليه مع بلوغه الغيبة

[ما أفاده المؤلف]

أقول إن صح النبوى الأخير سندا فلا مانع عن العمل به بجعله طريقا إلى البراءة مطلقا فى مقابل الاستبراء و إلا تعين طرحه و الرجوع إلى الأصل لإطلاق الأخبار المتقدمة و تعذر الاستبراء أو وجود المفسدة فيه لا يوجب وجود مبرئ آخر. نعم أرسل بعض من قارب عصرنا عن الإمام الصادق ع: أنك إن اغتبت فبلغ المغتاب فاستحل منه و إن لم يبلغه فاستغفر الله له و فى رواية السكونى المروية فى الكافى فى باب الظلم عن أبى عبد الله ع قال قال رسول الله ص: من ظلم أحدا ففاته فليستغفر الله له فإنه كفارة له

و الإنصاف أن الأخبار الواردة فى هذا الباب كلها غير نقية السند

و أصالة البراءة تقتضى عدم وجوب الاستحلال و الاستغفار و أصالة بقاء الحق الثابت للمغتاب بالفتح- على المغتاب بالكسر تقتضى عدم الخروج منه إلا بالاستحلال خاصة لكن المثبت لكون الغيبة حقا بمعنى وجوب البراءة منه ليس إلا الأخبار غير نقية السند مع أن السند لو كان نقيا كانت الدلالة ضعيفة- لذكر حقوق أخرى فى الروايات لا قائل بوجوب البراءة منها. و معنى

المكاسب، ج۱، ص ۴۴

القضاء يوم القيامة لذيها على من عليها المعاملة معه معاملة من لم يراع حقوق المؤمن لا العقاب عليها كما لا يخفى على من لاحظ الحقوق الثلاثين المذكورة فى رواية الكراجكى.

[مختار المؤلف فى المسألة]

فالقول بعدم كونه حقا للناس بمعنى وجوب البراءة نظير الحقوق المالية لا يخلو عن قوة و إن كان الاحتياط فى خلافه بل لا يخلو عن

قرب من جهة كثرة الأخبار الدالة على وجوب الاستبراء منها بل اعتبار سند بعضها و الأحوط الاستحلال إن تيسر و إلا الاستغفار غفر الله لمن اغتبناه و لمن اغتابنا بحق محمد و آله الطاهرين صلوات الله عليهم أجمعين.

الثالث فيما استثنى من الغيبة و حكم بجوازها بالمعنى الأعم

. [استثناء ما فيه مصلحة عظمى]

فاعلم أن المستفاد من الأخبار المتقدمة و غيرها- أن حرمة الغيبة لأجل انتقاص المؤمن و تأذيه منه فإذا فرض هناك مصلحة راجعة إلى المغتاب بالكسر أو بالفتح أو ثالث دل العقل أو الشرع على كونها أعظم من مصلحة احترام المؤمن بترك ذلك القول فيه وجب كون الحكم على طبق أقوى المصلحتين كما هو الحال في كل معصية من حقوق الله و حقوق الناس و قد نبه عليه غير واحد. قال في جامع المقاصد بعد ما تقدم عنه في تعريف الغيبة إن ضابط الغيبة المحرمة كل فعل يقصد به هتك عرض المؤمن أو التفكه به أو إضحاك الناس منه و أما ما كان لغرض صحيح فلا يحرم كنصح المستشير و التظلم و سماعه و الجرح و التعديل و رد من ادعى نسبا ليس له و القدح في مقالة باطلة خصوصا في الدين انتهى و في كشف الريبة اعلم أن المرخص في ذكر مساوئ الغير غرض صحيح لا يمكن التوصل إليه إلا بها انتهى. و على هذا فموارد الاستثناء لا تنحصر في عدد

نعم الظاهر استثناء موضعين لجواز الغيبة من دون مصلحة

أحدهما ما إذا كان المغتاب متجاهرا بالفسق

اشارة

فإن من لم يبال بظهور فسقه بين الناس لا يكره ذكره بالفسق نعم لو كان في مقام ذمه كرهه من حيث المذمة لكن المذمة على الفسق المتجاهر به لا تحرم كما لا يحرم لعنه. و قد تقدم عن الصحاح أخذ المستور في المغتاب

[الأخبار المستفيضة الدالة على الجواز]

و قد ورد في الأخبار المستفيضة جواز غيبة المتجاهر منها قوله ع في رواية هارون بن الجهم:
إذا جاهر الفاسق بفسقه فلا حرمة له و لا غيبة و قوله ع: من ألقى جلباب الحياء فلا غيبة له و رواية أبي البختري: ثلاثة ليس لهم حرمة صاحب هوى مبتدع و الإمام الجائر و الفاسق المعلن بفسقه و مفهوم قوله ع: من عامل الناس فلم يظلمهم و حدثهم فلم يكذبهم و وعدهم فلم يخلفهم فهو ممن كملت مروته و ظهرت عدالته و وجبت إخوته و حرمت غيبته و في صحيحة ابن أبي يعفور الواردة: في بيان العدالة بعد تعريف العدالة أن الدليل على ذلك أن يكون ساترا لجميع عيوبه حتى يحرم على المسلمين تفتيش ما وراء ذلك من عثراته دل على ترتب حرمة التفتيش على كون الرجل ساترا فتنتفي عند انتفائه. و مفهوم قوله ع في رواية علقمة المحكية عن المحاسن: من لم تره بعينك يرتكب ذنبا و لم يشهد عليه بذلك شاهدان فهو من أهل العدالة و الستر و شهادته مقبولة و إن كان في نفسه مذنبا و من اغتابه بما فيه فهو خارج عن ولاية الله تعالى داخل في ولاية الشيطان إلى آخر الخبر دل على ترتب حرمة الاغتياب و قبول الشهادة على كونه من أهل الستر و كونه من أهل العدالة على طريق اللف و النشر أو على اشتراط الكل- بكون الرجل غير مرئي منه المعصية و لا مشهود عليه بها و مقتضى المفهوم جواز الاغتياب مع عدم الشرط خرج منه غير المتجاهر.
و كون قوله من اغتابه إلى آخره جملة مستأنفة غير معطوفة على الجزاء خلاف الظاهر.

[عدم اعتبار قصد الغرض الصحيح فى غيبة المتجاهر]

ثم إن مقتضى إطلاق الروايات جواز غيبة المتجاهر فيما تجاهر به و لو مع عدم قصد غرض صحيح و لم أجد من قال باعتبار قصد الغرض الصحيح و هو ارتداعه عن المنكر. نعم تقدم عن الشهيد الثانى- احتمال اعتبار قصد النهى عن المنكر فى جواز سب المتجاهر مع اعترافه بأن ظاهر النص و الفتوى عدمه

و هل يجوز اغتياب المتجاهر فى غير ما تجاهر به

صرح الشهيد الثانى و غيره بعدم الجواز و حكى عن الشهيد أيضا. و ظاهر الروايات النافية لاحترام المتجاهر و غير الساتر هو الجواز و استظهره فى الحدائق من كلام جملة من الإعلام و صرح به بعض الأساطين.
و ينبغى إلحاق ما يتستر به بما يتجاهر فيه إذا كان دونه فى القبح فمن تجاهر باللواط العياذ بالله جاز اغتيابه بالتعرض للنساء الأجنبيات و من تجاهر بقطع الطرق جاز اغتيابه بالسرقة و من تجاهر بكونه جلاد السلطان يقتل الناس و ينكلهم جاز اغتيابه بشرب الخمر و من تجاهر بالقبائح المعروفة جاز اغتيابه بكل قبيح و لعل هذا هو المراد بمن ألقى جلباب الحياء لا من تجاهر بمعصية خاصة و عد مستورا بالنسبة إلى غيرها كبعض عمال الظلمة

ثم المراد بالمتجاهر

من تجاهر بالقبيح بعنوان أنه قبيح فلو تجاهر به مع إظهار محمل له لا يعرف فساده إلا القليل كما إذا كان من عمال الظلمة ادعى فى ذلك عذرا مخالفا للواقع أو غير مسموع منه لم يعد متجاهرا. نعم لو كان اعتذاره واضح الفساد لم يخرج عن التجاهر

و لو كان متجاهرا عند أهل بلده أو محلته مستورا عند غيرهم

هل يجوز ذكره عند غيرهم ففيه إشكال من إمكان دعوى ظهور روايات المرخصة فيمن لا يستنكف عن الإطلاق على عمله مطلقا فرب متجاهر فى بلده متستر فى بلاد الغربة أو فى طريق الحج و الزيارة لئلا يقع عن عيون الناس. و بالجملة فحيث كان الأصل فى المؤمن الاحترام على الإطلاق وجب الاقتصار على ما تيقن خروجه فالأحوط الاقتصار على ذكر المتجاهر بما لا يكرهه لو سمعه و لا يستنكف من ظهوره للغير. نعم لو تأذى من ذمه بذلك دون ظهوره لم يقدح فى الجواز و لذا جاز سبه بما لا يكون كذبا

و هذا هو الفارق بين السب و الغيبة

حيث إن مناط الأول المذمة و التنقيص فيجوز و مناط الثانى إظهار عيوبه فلا يجوز إلا بمقدار الرخصة.

الثانى تظلم المظلوم و إظهار ما فعل به الظالم

اشارة

و إن كان متسترا به كما إذا ضربه فى الليل الماضى و شتمه أو أخذ ماله جاز ذكره بذلك عند من لا يعلم ذلك منه

[أدلة الاستثناء]

لظاهر قوله تعالى وَ لَمَنِ انْتَصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ فَأُولئِكَ ما عَلَيْهِمْ مِنْ سَبِيلٍ إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ وَ يَبْغُونَ فِي الْأَرْضِ بِغَيْرِ الْحَقِّ و قوله تعالى لا يُحِبُّ اللَّهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلَّا مَنْ ظُلِمَ فعن تفسير القمى أنه لا يحب الله أن يجهر الرجل بالظلم و السوء و يظلم إلا من ظلم فقد أطلق له

المكاسب، ج ۱، ص ۴۵

أن يعارضه بالظلم و عن تفسير العياشى عنه ع: من أضاف قوما فأساء ضيافتهم فهو ممن ظلم فلا جناح عليهم فيما قالوا فيه و هذه الرواية و إن وجب توجيهها إما بحمل الإساءة على ما يكون ظلما و هتكا لاحترامهم أو بغير ذلك إلا أنها دالة على عموم من ظلم فى الآية الشريفة و أن كل من ظلم فلا جناح عليه فيما قال فى الظالم و نحوها فى وجوب التوجيه رواية أخرى فى هذا المعنى محكية عن المجمع: إن الضيف ينزل بالرجل فلا يحسن ضيافته فلا جناح عليه فى أن يذكره بسوء ما فعله

و يؤيد الحكم فيما نحن فيه أن فى منع المظلوم من هذا الذى هو نوع من التشفى حرجا عظيما

و لأن فى تشريع الجواز مظنة ردع للظالم و هى مصلحة خالية عن مفسدة فيثبت الجواز لأن الأحكام تابعة للمصالح. و يؤيده ما تقدم من عدم الاحترام للإمام الجائر بناء على أن عدم احترامه من جهة جوره لا من جهة تجاهره و إلا لم يذكره فى مقابل الفاسق المعلن بالفسق و فى النبوى: لصاحب الحق مقال.

[هل يقيد جواز الغيبة بكونها عند من يرجو إزالة الظلم عنه]

و الظاهر من جميع ما ذكر عدم تقييد جواز الغيبة بكونها عند من يرجو إزالة الظلم عنه بسببه و قواه بعض الأساطين خلافا لكاشف الريبة و جمع ممن تأخر عنه فقيدوه اقتصارا فى مخالفة الأصل على المتيقن من الأدلة لعدم عموم فى الآية و عدم نهوض ما تقدم فى تفسيرها للحجية مع أن المروى عن الإمام الباقر ع فى تفسيرها المحكى عن مجمع البيان أنه: لا يحب الله الشتم فى الانتصار إلا من ظلم فلا بأس له أن ينتصر ممن ظلمه بما يجوز الانتصار به فى الدين. قال فى الكتاب المذكور و نظيره وَ انْتَصَرُوا مِنْ بَعْدِ ما ظُلِمُوا و ما بعد الآية لا يصلح للخروج بها عن الأصل الثابت بالأدلة العقلية و النقلية و مقتضاه الاقتصار على مورد رجاء تدارك الظلم فلو لم يكن قابلا للتدارك لم تكن فائدة فى هتك الظالم

[ظاهر بعض الأخبار جواز الاشتكاء لترك الأولى]

و كذا لو لم يكن ما فعل به ظلما- بل كان من ترك الأولى و إن كان يظهر من بعض الأخبار جواز الاشتكاء لذلك فعن الكافى و التهذيب بسندهما عن حماد بن عثمان قال: دخل رجل على أبى عبد الله ع فشكا إليه رجلا من أصحابه فلم يلبث إن جاء المشكو عليه فقال أبو عبد الله ع ما لفلان يشكوك فقال له يشكونى أنى استقضيت منه حقى قال فجلس أبو عبد الله ع مغضبا ثم قال فقال كأنك إذا استقضيت حقك لم تسئ أ رأيت ما حكى الله عز و جل فى كتابه وَ يَخافُونَ سُوءَ الْحِسابِ أ ترى أنهم خافوا الله عز و جل أن يجوز عليهم لا و الله ما خافوا إلا الاستقضاء فسماه الله عز و جل سوء الحساب فمن استقضى فقد أساء و مرسلة ثعلبة بن ميمون المروية عن الكافى قال: كان عنده قوم يحدثهم إذ ذكر رجل منهم رجلا فوقع فيه و شكاه فقال له أبو عبد الله ع و أنى لك بأخيك الكامل و أى الرجال المهذب فإن الظاهر من الجواب أن الشكوى إنما كانت من ترك الأولى الذى لا يليق بالأخ الكامل المهذب. و مع ذلك كله فالأحوط عد هذه الصورة من الصور العشر الآتية التى رخص فيها فى الغيبة لغرض صحيح أقوى من مصلحة احترام المغتاب كما أن الأحوط جعل الصورة السابقة خارجة عن موضوع الغيبة بذكر المتجاهر بما لا يكره نسبته إليه من الفسق المتجاهر به و إن جعلها

من تعرض لصور الاستثناء منها

فيبقى من موارد الرخصة لمزاحمة الغرض الأهم صور تعرضوا لها

منها نصح المستشير

فإن النصيحة واجبة للمستشير فإن خيانته قد تكون أقوى مفسدة من الوقوع في المغتاب. و كذلك النصح من غير استشاره فإن من أراد تزوج امرأة و أنت تعلم بقبائحها التي توجب وقوع الرجل من أجلها في الغيبة و الفساد فلا ريب أن التنبيه على بعضها و إن أوجب الوقيعة فيها أولى من ترك نصح المؤمن مع ظهور عدة من الأخبار في وجوبه.

و منها الاستفتاء

بأن يقول للمفتي ظلمني فلان في حقي فكيف طريقي في الخلاص هذا إذا كان الاستفتاء موقوفا على ذكر الظالم بالخصوص و إلا فلا يجوز

[حكاية هند زوجة أبي سفيان]

و يمكن الاستدلال عليه بحكاية هند زوجة أبي سفيان و اشتكائها إلى رسول الله ص و قولها إنه رجل شحيح لا يعطيني ما يكفيني و ولدي فلم يرد ص عليها غيبة أبي سفيان. و لو نوقش في هذا الاستدلال بخروج غيبة مثل أبي سفيان عن محل الكلام أمكن الاستدلال بصحيحة عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله ع قال: جاء رجل إلى النبي ص فقال إن أمي لا تدفع يد لامس فقال احبسها قال قد فعلت فقال ص فامنع من يدخل عليها قال قد فعلت قال ص فقيدها فإنك لا تبرها بشيء أفضل من أن تمنعها عن محارم الله عز و جل إلى آخر الخبر و احتمال كونها متجاهرة مدفوع بالأصل.

و منها قصد ردع المغتاب عن المنكر الذي يفعله

فإنه أولى من ستر المنكر عليه فهو في الحقيقة إحسان في حقه مضافا إلى عموم أدلة النهي عن المنكر.

و منها قصد حسم مادة فساد المغتاب عن الناس

كالمبتدع الذي يخاف من إضلاله الناس و يدل عليه مضافا إلى أن مصلحة دفع فتنته عن الناس أولى من ستر المغتاب ما عن الكافي بسنده الصحيح عن أبي عبد الله ع قال قال رسول الله ص: إذا رأيتم أهل الريب و البدع من بعدي فأظهروا البراءة منهم و أكثروا من سبهم و القول فيهم و الوقيعة و باهتوهم كيلا يطمعوا في الفساد في الإسلام و يحذرهم الناس و لا يتعلموا من بدعهم يكتب الله لكم بذلك الحسنات و يرفع لكم به الدرجات.

و منها جرح الشهود

فإن الإجماع دل على جوازه و لأن مصلحة عدم الحكم بشهادة الفساق أولى من الستر على الفاسق و مثله بل أولى بالجواز جرح الرواة فإن مفسدة العمل برواية الفاسق أعظم من مفسدة شهادته و يلحق بذلك الشهادة بالزنى و غيره لإقامة الحدود.

و منها دفع الضرر عن المغتاب و عليه يحمل ما ورد في ذم زرارة

من عـدة أحاديث و قـد بين ذلك الإمام ع بقوله فی بعض ما أمر به عبـد الله بن زرارة بتبليغ أبيه: اقرأ منی علی والدک السـلام فقل له إنما أعيبک دفاعا منی عنک فإن الناس يسارعون إلی کل من قربناه و حمدناه لإدخال الأذی عليه فيمن نحبه و نقربه و يذمونه لمحبتنا له و قربه و دنوة منـا و يرون إدخـال الأذی عليه و قتله و يحمـدون کل من عيبناه نحن و إنما أعيبک لأنک رجل اشـتهرت منا بميلک إلينـا و أنت فی ذلـک مـذموم غير محمود الأـمر بمودتـک لنـا و ميلـک إلينا فأحببت أن أعيبک ليحمـدوا أمرک فی الـدين بعيبک و نقصک و يکون ذلک منا دافع شرهم عنک يقول الله عز و جل أَمَّا السَّفِينَةُ فَکانَتْ لِمَساکِينَ يَعْمَلُونَ فِی الْبَحْرِ فَأَرَدْتُ أَنْ أَعِيبَها وَ کانَ وَراءَهُمْ مَلِکٌ يَأْخُذُ کُلَّ سَفِينَةٍ غَصْباً هذا التنزيل من عند الله ألا و الله ما عابها إلا لکی

المکاسب، ج ۱، ص ۴۶

تسلم من الملک و لا تغصب علی يـديه و لقـد کانت صالحـة ليس للعيب فيها مساغ و الحمد لله فافهم المثل رحمک الله فإنک أحب الناس إلی و أحب أصحاب أبی إلی حيا و ميتا و إنک أفضل سفن ذلک البحر القمقام الزاخر و إن وراءک لملکا ظلوما غصوبا يرقب عبور کل سفينة صالحة ترد من بحر الهدی ليأخذها غصبا و يغصب أهلها فرحمة الله عليک حيا و رحمة الله عليک ميتا إلی آخر الخبر.

و يلحق بذلک الغيبة للتقية علی نفس المتکلم

أو ماله أو عرضه أو علی ثالث فإن الضرورات تبيح المحظورات.

و منها ذکر الشخص بعيبه الذی صار بمنزلة الصفة المميزة له

التی لا يعرف إلا بها کالأعمش و الأعرج و الأشتر و الأحول و نحوها و فی الحـديث جاءت زينب العطارة الحولاء إلی نساء رسول الله ص. و لا بأس بـذلک فيما إذا صارت الصـفة فی اشـتهار يوصف الشـخص بها إلی حيث لا يکره ذلک صاحبها و عليه يحمل ما صدر عن الإمام ع و غيره من العلماء الأعلام لکن کون هـذا مسـتثنی مبنی علی کون مجرد العيب الظاهر من دون قصـد الانتقاص غيبة و قد منعنا ذلک سابقا إذ لا وجه لکراهة المغتاب لعدم کونها إظهارا لعيب غير ظاهر و المفروض عدم قصد الذم أيضا اللهم إلا أن يقال إن الصـفات المشـعرة بالـذم کالألقاب المشـعرة به يکره الإنسان الاتصاف بها و لو من دون قصـد الـذم بها فإن إشـعارها بالـذم کاف فی الکراهة.

و منها [ذکر الشخص بما لا يؤثر عند السامع شيئا لکونه عالما به]

ما حکاه فی کشف الريبة عن بعض من أنه إذا علم اثنان من رجل معصـية شاهداها فأجری أحدهما ذکره فی غيبته ذلک العاصی جاز لأنه لا يؤثر عند السامع شـيئا و إن کان الأولی تنزيه النفس و اللسان عن ذلک لغير غرض من الأغراض الصحيحة خصوصا مع احتمال نسـيان المخاطب لذلک أو خوف اشتهارها عنهما انتهی. أقول إذا فرض عدم کون ذکرهما فی مقام التعيير و المذمة و ليس هنا هتک ستر أيضا فلا وجه للتحريم و لا لکونها غيبة إلا علی ظاهر بعض التعاريف المتقدمة.

و منها رد من ادعی نسبا ليس له

فإن مصلحة حفظ الأنساب أولی من مراعاة حرمة المغتاب

و منها القدح فی مقالة باطلة

و إن دل علی نقصان قائلها إذا توقف حفظ الحق و إضاعـة الباطل عليه و أما ما وقع من بعض العلماء بالنسـبة إلی من تقـدم عليه منهم من الجهر بالسوء من القول فلم يعرف له وجه مع شـيوعه بينهم من قديم الأيام ثم إنهم ذکروا موارد للاستثناء لا حاجة إلی ذکرها بعد

ما قدمنا أن الضابط فی الرخصة وجود مصلحة غالبة علی مفسدة هتک احترام المؤمن و هذا یختلف باختلاف تلک المصالح و مراتب مفسدة هتک المؤمن فإنها متدرجة فی القوة و الضعف فرب مؤمن لا یساوی عرضه شیء فالواجب التحری فی الترجیح بین المصلحة و المفسدة.

الرابع یحرم استماع الغیبة بلا خلاف

اشارة

فقد ورد: أن السامع للغیبة أحد المغتابین. و الأخبار فی حرمته کثیرة إلا أن ما یدل علی کونه من الکبائر کالروایة المذکورة و نحوها ضعیفة السند ثم المحرم سماع الغیبة المحرمة دون ما علم حلیتها

و لو کان متجاهرا عند المغتاب مستورا عند المستمع

و قلنا بجواز الغیبة حینئذ للمتکلم- فالمحکی جواز الاستماع من احتمال کونه متجاهرا إلا مع العلم بعدمه.

قال فی کشف الریبة إذا سمع أحد مغتابا لآخر و هو لا یعلم المغتاب مستحقا للغیبة

و لا- عدمه قیل لا- یجب نهی القائل لإمکان الاستحقاق فیحمل فعل القائل علی الصحة ما لم یعلم فساده لأن ردعه یستلزم انتهاک حرمته و هو أحد المحرمین ثم قال و الأولی التنزیه عن ذلک حتی یتحقق المخرج منه لعموم الأدلة و ترک الاستفصال فیها و هو دلیل إرادة العموم حذرا من الإغراء بالجهل و لأن ذلک لو تم لتمشی فیمن یعلم عدم استحقاق المقول فیه بالنسبة إلی السامع مع احتمال اطلاع القائل علی ما یوجب تسویغ مقالته و هو هدم قاعدة النهی عن الغیبة انتهی أقول و المحکی بقوله قیل لا دلالة فیه علی جواز الاستماع و إنما یدل علی عدم وجوب النهی عنه و یمکن القول بحرمة استماع هذه الغیبة مع فرض جوازها للقائل لأن السامع أحد المغتابین فکما أن المغتاب تحرم علیه الغیبة إلا إذا علم التجاهر المسوغ کذلک السامع یحرم علیه الاستماع إلا إذا علم التجاهر و إما نهی القائل فغیر لازم مع دعوی القائل العذر المسوغ بل مع احتماله فی حقه و إن اعتقد الناهی عدم التجاهر. نعم لو علم عدم اعتقاد القائل بالتجاهر وجب ردعه

[مختار المؤلف]

هذا و لکن الأقوی جواز الاستماع إذا جاز للقائل لأنه قول غیر منکر فلا یحرم الإصغاء إلیه للأصل. و الروایة علی تقدیر صحتها تدل علی أن السامع لغیبة کقائل تلک الغیبة فإن کان القائل عاصیا کان المستمع کذلک فتکون دلیلا علی الجواز فیما نحن فیه. نعم لو استظهر منها أن السامع للغیبة کأنه متکلم بها فإن جاز السامع التکلم بغیبة جاز سماعها و إن حرم علیه حرم سماعها أیضا لکانت الروایة علی تقدیر صحتها دلیلا للتحریم فیما نحن فیه لکنه خلاف الظاهر من الروایة علی تقدیر قراءة المغتابین بالتثنیة و إن کان هو الظاهر علی تقدیر قراءته بالجمع لکن هذا التقدیر خلاف الظاهر و قد تقدم فی مسألة التشبیب أنه إذا کان شک السامع فی حصول شرط حرمته من القائل لم یحرم استماعه فراجع

ثم إنه یظهر من الأخبار المستفیضة وجوب رد الغیبة

. فعن المجالس بإسناده عن أبی ذر رضوان الله علیه عن النبی ص: من اغتیب عنده أخوه المؤمن و هو یستطیع نصره فنصره نصره الله

تعالى فى الدنيا و الآخرة و إن خذله و هو يستطيع نصره خذله الله فى الدنيا و الآخرة و نحوها عن الصدوق بإسناده عن الصادق عن آبائه ع فى وصية النبى ص لعلى ع. و عن عقاب الأعمال بسنده عن النبى ص: من رد عن أخيه غيبة سمعها فى مجلس رد الله عنه ألف باب من الشر فى الدنيا و الآخرة فإن لم يرد عنه و أعجبه كان عليه كوزر من اغتابه و عن الصدوق بإسناده عن الصادق ع فى حديث الملاهى عن النبى ص: من تطول على أخيه فى غيبة سمعها فيه فى مجلس فردها عنه رد الله عنه ألف باب من الشر فى الدنيا و الآخرة فإن هو لم يردها و هو قادر على ردها كان عليه كوزر من اغتابه سبعين مرة إلى آخر الخبر. و لعل وجه زيادة عقابه أنه إذا لم يرده تجرى المغتاب على الغيبة فيصر على هذه الغيبة و غيرها

[المراد بالرد الانتصار للغائب لا صرف النهى عن الغيبة]

و الظاهر أن الرد غير النهى عن الغيبة و المراد به الانتصار للغائب بما يناسب تلك الغيبة فإن كان عيبا دنيويا انتصر له بأن العيب ليس إلا ما عاب الله به من المعاصى التى من أكبرها ذكرك أخاك بما لم يعبأ الله به و إن كان عيبا دينيا وجهه بمحامل تخرجه عن المعصية فإن لم يقبل

المكاسب، ج ۱، ص ۴۷

التوجيه انتصر له بأن المؤمن قد يبتلى بالمعصية فينبغى أن تستغفر له و تهتم له لا أن تعيره و أن تعييرك إياه لعله أعظم عند الله من معصيته و نحو ذلك. ثم إنه يظهر من الأخبار المستفيضة وجوب رد الغيبة

. فعن المجالس بإسناده عن أبى ذر رضوان الله عليه عن النبى ص: من اغتيب عنده أخوه المؤمن و هو يستطيع نصره فنصره نصره الله تعالى فى الدنيا و الآخرة و إن خذله و هو يستطيع نصره خذله الله فى الدنيا و الآخرة و نحوها عن الصدوق بإسناده عن الصادق عن آبائه ع فى وصية النبى ص لعلى ع. و عن عقاب الأعمال بسنده عن النبى ص: من رد عن أخيه غيبة سمعها فى مجلس رد الله عنه ألف باب من الشر فى الدنيا و الآخرة فإن لم يرد عنه و أعجبه كان عليه كوزر من اغتابه و عن الصدوق بإسناده عن الصادق ع فى حديث الملاهى عن النبى ص: من تطول على أخيه فى غيبة سمعها فيه فى مجلس فردها عنه رد الله عنه ألف باب من الشر فى الدنيا و الآخرة فإن هو لم يردها و هو قادر على ردها كان عليه كوزر من اغتابه سبعين مرة إلى آخر الخبر. و لعل وجه زيادة عقابه أنه إذا لم يرده تجرى المغتاب على الغيبة فيصر على هذه الغيبة و غيرها

[الأخبار الواردة فى عقوبة ذى اللسانين و ذمه]

ثم إنه قد يتضاعف عقاب المغتاب إذا كان ممن يمدح المغتاب فى حضوره و هذا و إن كان فى نفسه مباحا إلا أنه إذا انضم مع ذمه فى غيبته سمى صاحبه ذا لسانين يوم القيامة و تتأكد حرمتها و لذا ورد فى المستفيضة أنه يجىء ذو لسانين يوم القيامة و له لسانان من النار فإن لسان المدح فى الحضور و إن لم يكن لسانا من نار إلا أنه إذا انضم إلى لسان الذم فى الغياب صار كذلك. و عن المجالس بسنده عن حفص بن غياث عن الصادق عن أبيه عن آبائه عن على ع قال رسول الله ص:

من مدح أخاه المؤمن فى وجهه و اغتابه من ورائه فقد انقطع ما بينهما من العصمة و عن الباقر ع: بئس العبد عبد يكون ذا وجهين و ذا لسانين يطرأ أخاه شاهدا و يأكله غائبا إن أعطى حسده و إن ابتلى خذله

[البهتان أغلظ تحريما من الغيبة]

و اعلم أنه قد يطلق الاغتياب على البهتان و هو أن يقال فى شخص ما ليس فيه و هو أغلظ تحريما من الغيبة و وجهه ظاهر لأنه جامع بين مفسدتى الكذب و الغيبة و يمكن القول بتعدد العقاب- من جهة كل من العنوانين و المركب. و فى رواية علقمة عن الصادق ع

حدثنی أبی عن آبائه ع عن رسول الله ص أنه قال: من اغتاب مؤمنا بما فیه لم یجمع الله بینهما فی الجنة أبدا و من اغتاب مؤمنا بما لیس فیه فقد انقطعت العصمة بینهما و کان المغتاب فی النار خالدا فیها و بئس المصیر.

خاتمة فی بعض ما ورد من حقوق المسلم علی أخیه

اشارة

ففی صحیحة مرازم عن أبی عبد الله ع: ما عبد الله بشیء أفضل من أداء حق المؤمن و روی فی الوسائل و کشف الریبة عن کنز الفوائد للشیخ الکراجکی عن الحسین بن محمد بن علی الصیرفی عن محمد بن علی الجعابی عن القاسم بن محمد بن جعفر العلوی عن أبیه عن آبائه عن علی ع قال: قال رسول الله ص للمسلم علی أخیه ثلاثون حقا لا براءة له منها إلا بأدائها أو العفو یغفر زلته و یرحم عبرته و یستر عورته و یقیل عثرته و یقبل معذرته و یرد غیبته و یدیم نصیحته و یحفظ خلته و یرعی ذمته و یعود مرضه و یشهد میته و یجیب دعوته و یقبل هدیته و یکافئ صلته و یشکر نعمته و یحسن نصرته و یحفظ حلیلته و یقضی حاجته و یستنجح مسألته و یسمت عطسته و یرشد ضالته و یرد سلامه و یطیب کلامه و یبر إنعامه- و یصدق أقسامه و یوالی ولیه و لا یعادیه و ینصره ظالما و مظلوما فأما نصرته ظالما فیرده عن ظلمه و أما نصرته مظلوما فیعینه علی أخذ حقه و لا یسلمه و لا یخذله و یحب له من الخیر ما یحب لنفسه و یکره له من الشر ما یکره لنفسه ثم قال ع سمعت رسول الله ص یقول إن أحدکم لیدع من حقوق أخیه شیئا فیطالبه به یوم القیامة فیقضی له و علیه. و الأخبار فی حقوق المؤمن کثیرة و الظاهر إرادة الحقوق المستحبة التی ینبغی أداؤها. و معنی القضاء لذیها علی من هی علیه المعاملة معه معاملة من أهملها بالحرمان عما أعد لمن أدی حقوق الإخوة

ثم إن ظاهرها و إن کان عاما إلا أنه یمکن تخصیصها بالأخ العارف بهذه الحقوق المؤدی لها بحسب الیسر

أما المؤمن المضیع لها فالظاهر عدم تأکد مراعاة هذه الحقوق بالنسبة إلیه و لا یوجب إهمالها مطالبته یوم القیامة لتحقق المقاصة فإن التهاتر یقع فی الحقوق کما یقع فی الأموال.

و قد ورد فی غیر واحد من الأخبار ما یظهر منه الرخصة فی ترک هذه الحقوق

لبعض الإخوان بل لجمیعهم إلا القلیل منهم. فعن الصدوق رحمه الله فی الخصال و کتاب الإخوان و الکلینی بسندهما عن أبی جعفر ع قال: قام إلی أمیر المؤمنین ص رجل بالبصرة فقال أخبرنا عن الإخوان فقال ع الإخوان صنفان إخوان الثقة و إخوان المکاشرة فأما إخوان الثقة فهم کالکف و الجناح و الأهل و المال فإذا کنت من أخیک علی ثقة فابذل له مالک و یدک و صاف من صافاه و عاد من عاداه و اکتم سره و عیبه و أظهر منه الحسن و اعلم أیها السائل أنهم أعز من الکبریت الأحمر و أما إخوان المکاشرة فإنک تصیب منهم لذتک فلا تقطعن ذلک منهم و لا تطلبن ما وراء ذلک من ضمیرهم و ابذل لهم ما بذلوا لک من طلاقة الوجه و حلاوة اللسان

[حدود الصداقة]

و فی روایة عبید الله الحلبی المرویة فی الکافی عن أبی عبد الله ع قال: لا تکون الصداقة إلا بحدودها فمن کانت فیه هذه الحدود أو شیء منها فانسبه إلی الصداقة و من لم یکن فیه شیء منها فلا تنسبه إلی شیء من الصداقة فأولها أن تکون سریرته و علانیته لک واحدة و الثانیة أن یری زینک زینه و شینک شینه و الثالثة أن لا تغیره علیک ولایة و لا مال و الرابعة أن لا یمنعک شیئا تناله مقدرته و الخامسة و هی تجمع هذه الخصال أن لا یسلمک عند النکبات و لا یخفی أنه إذا لم تکن الصداقة لم تکن الأخوة فلا بأس بترک الحقوق المذکورة بالنسبة إلیه. و فی نهج البلاغة: لا یکون الصدیق صدیقا حتی یحفظ أخاه فی ثلاث فی نکبته و فی غیبته و فی وفاته

و فى كتاب الإخوان بسنده عن الوصافى عن أبى جعفر ع قال: قال لى أ رأيت من قبلكم إذا كان الرجل ليس عليه رداء و عند بعض إخوانه رداء يطرحه عليه قلت لا ـ قال فإذا كان ليس عنده إزار يوصل إليه بعض إخوانه بفضل إزاره حتى يجد له إزارا قلت لا قال فضرب بيده على فخذه و قال ما هؤلاء بإخوة إلى آخر الخبر دل على أن من لا يواسى المؤمن ليس بأخ له فلا يكون له حقوق الأخوة المذكورة فى روايات الحقوق. و نحوه رواية ابن أبى عمير عن خلاد رفعه قال: أبطأ على رسول الله ص رجل فقال ما أبطأ بك فقال العرى يا رسول الله فقال ص أ ما كان لك جار له ثوبان يعيرك أحدهما فقال بلى يا رسول الله فقال ص ما هذا لك بأخ و فى رواية يونس بن ظبيان قال قال أبو عبد الله ع: اختبروا إخوانكم بخصلتين فإن كانتا فيهم و إلا فأعزب ثم اعزب ثم اعزب المحافظة على الصلاة فى مواقيتها و البر بالإخوان فى اليسر و العسر

القمار

الخامسة عشرة القمار و هو حرام إجماعا

اشارة

و يدل عليه الكتاب و السنة المتواترة

[معنى القمار لغة و شرعا]

و هو بكسر القاف كما عن بعض أهل اللغة الرهن على اللعب بشىء بالآلات المعروفة و حكى عن جماعة أنه قد يطلق على اللعب بهذه الأشياء مطلقا و لو من دون رهن و به صرح فى جامع المقاصد و عن بعض أن أصل المقامرة المغالبة.

فكيف كان فهنا مسائل أربع لأن اللعب قد يكون بآلات القمار مع الرهن و قد يكون بدونه و المغالبة بغير آلات القمار قد تكون مع العوض و قد تكون بدونه.

فالأولى اللعب بآلات القمار مع الرهن

و لا إشكال فى حرمتها و حرمة العوض و الإجماع عليها محقق و الأخبار بها متواترة.

الثانية اللعب بآلات القمار من دون رهن

اشارة

المكاسب، ج ۱، ص ۴۸

و فى صدق القمار عليه نظر لما عرفت و مجرد الاستعمال لا ـ يوجب إجراء أحكام المطلقات و لو مع البناء على أصالة الحقيقة فى الاستعمال لقوة انصرافها إلى الغالب من وجود الرهن فى اللعب بها. و منها تظهر الخدشة فى الاستدلال على المطلب بإطلاق النهى عن اللعب بتلك الآلات بناء على انصرافه إلى المتعارف من ثبوت الرهن. نعم قد يبعد دعوى الانصراف فى رواية أبى الربيع الشامى: عن الشطرنج و النرد قال لا تقربوهما قلت فالغناء قال لا خير فيه لا تقربه.

[الأخبار الدالة على الحرمة]

و الأولى الاستدلال على ذلك بما تقدم في رواية تحف العقول من أن ما يجيء منه الفساد محضا لا يجوز التقلب فيه من جميع وجوه الحركات. و في تفسير القمي عن أبي الجارود عن أبي جعفر ع: في قوله تعالى إِنَّمَا الْخَمْرُ وَ الْمَيْسِرُ وَ الْأَنْصابُ وَ الْأَزْلامُ رِجْسٌ مِنْ عَمَلِ الشَّيْطانِ فَاجْتَنِبُوهُ قال أما الخمر فكل مسكر من الشراب إلى أن قال و أما الميسر فالنرد و الشطرنج و كل قمار ميسر إلى أن قال و كل هذا بيعه و شراؤه و الانتفاع بشيء من هذا حرام محرم. و ليس المراد بالقمار هنا المعنى المصدري حتى يرد ما تقدم من انصرافه إلى اللعب مع الرهن بل المراد الآلات بقرينة قوله بيعه و شراؤه و قوله و أما الميسر فهو النرد إلى آخر الحديث. و يؤيد الحكم ما عن مجالس المفيد الثاني ولد شيخنا الطوسي رحمهما الله بسنده عن أمير المؤمنين ع: في تفسير الميسر في أن كل ما ألهى عن ذكر الله فهو الميسر و رواية الفضيل قال: سألت أبا جعفر ع عن هذه الأشياء التي يلعب بها الناس من النرد و الشطرنج حتى انتهيت إلى السدر قال إذا ميز الله الحق من الباطل مع أيهما يكون قال مع الباطل قال و مالك و الباطل و في موثقة زرارة عن أبي عبد الله ع: أنه سئل عن الشطرنج و عن لعبة الشبيب التي يقال لها لعبة الأمير و عن لعبة الثلاث فقال رأيت إذا ميز الله بين الحق و الباطل مع أيهما يكون قلت مع الباطل قال فلا خير فيه و في رواية عبد الواحد بن مختار: عن اللعب بالشطرنج قال إن المؤمن لمشغول عن اللعب فإن مقتضى إناطة الحكم بالباطل و اللعب عدم اعتبار الرهن في حرمة اللعب بهذه الأشياء و لا يجري دعوى الانصراف هنا.

الثالثة المراهنة على اللعب بغير الآلات المعدة للقمار

اشارة

كالمراهنة على حمل الحجر الثقيل و على المصارعة و على الطيور و على الطفرة و نحو ذلك مما عدوها في باب السبق و الرماية من أفراد غير ما نص على جوازه و الظاهر الإلحاق بالقمار في الحرمة و الفساد بل صريح بعض أنه قمار.

و صرح العلامة الطباطبائي رحمه الله في مصابيحه بعدم الخلاف في الحرمة و الفساد

و هو ظاهر كل من نفى الخلاف في تحريم المسابقة فيما عدا المنصوص مع العوض و جعل محل الخلاف فيه بدون العوض فإن ظاهر ذلك أن محل الخلاف هنا هو محل الوفاق هناك و من المعلوم أنه ليس هنا إلا الحرمة التكليفية دون خصوص الفساد.

[الأخبار الدالة على الحرمة]

و يدل عليه أيضا قول الإمام الصادق ع إنه قال رسول الله ص: إن الملائكة لتحضر الرهان في الخف و الحافر و الريش و ما سوى ذلك قمار حرام و في رواية أبي العلاء بن سيابة عن الإمام الصادق ع عن النبي ص: إن الملائكة لتنفر عند الرهان و تلعن صاحبه ما خلا الحافر و الخف و الريش و النصل و المحكي عن تفسير العياشي عن ياسر الخادم عن الإمام الرضا ع قال: سألته عن الميسر قال الثفل من كل شيء قال و الثفل ما يخرج بين المتراهنين من الدراهم و غيرها و في صحيحة معمر بن خلاد: كل ما قومر عليه فهو ميسر و في رواية جابر عن أبي جعفر ع: قيل يا رسول الله ما الميسر قال كل ما تقومر به حتى الكعاب و الجوز و الظاهر أن المقامرة بمعنى المغالبة على الرهن

[استظهار بعض اختصاص الحرمة بما كان بالآلات المعدة للقمار و المناقشة فيه]

و مع هذه الروايات الظاهرة بل الصريحة في الحرمة المعتضدة بدعوى عدم الخلاف في الحكم ممن تقدم فقد استظهر بعض مشايخنا المعاصرين اختصاص الحرمة بما كان بالآلات المعدة للقمار. و أما مطلق الرهان و المغالبة بغيرها فليس فيه إلا فساد المعاملة و عدم تملك الراهن فيحرم التصرف فيه لأنه أكل مال بالباطل و لا معصية من جهة العمل كما في القمار بل لو أخذ الرهن بعنوان الوفاء

بالعهد الذی هو نذر له- لا کفارة له مع طیب النفس من الباذل لا بعنوان أن المقامرة المذکورة أوجبته و ألزمته أمکن القول بجوازه. و قد عرفت من الأخبار إطلاق القمار علیه- و کونه موجبا للعن الملائکة و تنفرهم و أنه من المیسر المقرون بالخمر. و أما ما ذکره أخیرا من جواز أخذ الرهن بعنوان الوفاء بالعهد فلم أفهم معناه لأن العهد الذی تضمنه العقد الفاسد لا معنی لاستحباب الوفاء به إذ لا یستحب ترتیب آثار الملک علی ما لم یحصل فیه سبب تملک إلا أن یراد صورة الوفاء بأن یملکه تملیکا جدیدا بعد الغلبة فی اللعب لکن حل الأکل علی هذا الوجه جار فی القمار المحرم أیضا غایة الأمر الفرق بینهما بأن الوفاء لا یستحب فی المحرم لکن الکلام فی تصرف المبذول له بعد التملیک الجدید لا فی فعل الباذل و أنه یستحب له أو لا

[عدم الخلاف فی الحکم بالحرمة و الفساد]

و کیف کان فلا أظن أن الحکم بحرمة الفعل مضافا إلی الفساد محل إشکال بل و لا محل خلاف کما یظهر من کتاب السبق و الرمایة و کتاب الشهادات و قد تقدم دعواه صریحا من بعض الأعلام.

[قضاء أمیر المؤمنین (ع) فی رجل آکل و أصحاب له شاة]

نعم عن الکافی و التهذیب بسندهما عن محمد بن قیس عن أبی جعفر ع قال: قضی أمیر المؤمنین ع فی رجل أکل و أصحاب له شاة- فقال إن أکلتموها فهی لکم و إن لم تأکلوها فعلیکم کذا و کذا فقضی فیه و أن ذلک باطل لا شیء فی المؤاکلة فی الطعام ما قل منه أو کثر و منع غرامة فیه.

[ظهور الروایة فی الجواز]

و ظاهرها من حیث عدم ردع الإمام ع عن فعل مثل هذا أنه لیس بحرام إلا أنه لا یترتب علیه الأثر لکن هذا وارد علی تقدیر القول بالبطلان و عدم التحریم أیضا لأن التصرف فی هذا المال مع فساد المعاملة حرام أیضا فتأمل.

ثم إن حکم المعوض من حیث الفساد

حکم سائر المأخوذ بالمعاملات الفاسدة یجب رده علی مالکه مع بقائه و مع التلف فالبدل مثلا أو قیمة.

و ما ورد من قیء الإمام ع – البیض الذی قامر به الغلام

فلعله للحذر من أن یصیر الحرام جزء من بدنه لا للرد علی المالک لکن یشکل بأن ما کان تأثیره کذلک کیف أکل المعصوم ع له جهلا بناء علی عدم إقدامه علی المحرمات الواقعیة غیر المتبدلة بالعلم لا جهلا و لا غفلة لأن ما دل علی عدم جواز الغفلة علیه فی ترک الواجب و فعل الحرام دل علی عدم جواز الجهل علیه فی ذلک اللهم إلا أن یقال إن مجرد التصرف من المحرمات العلمیة- و التأثیر الواقعی غیر المتبدل بالجهل إنما هو فی بقائه و صیرورته بدلا عما یتحلل من بدنه ع و الفرض اطلاعه علیه فی أوائل وقت تصرف المعدة و لم یستمر جهله. هذا کله لتطبیق فعلهم علی القواعد و إلا فلهم فی حرکاتهم من أفعالهم و أقوالهم شئون لا یعلمها

المکاسب، ج ۱، ص ۴۹

غیرهم.

الرابعة المغالبة بغير عوض- في غير ما نص على جواز المسابقة فيه

اشارة

و الأكثر على ما في الرياض على التحريم بل حكى فيها عن جماعة دعوى الإجماع عليه و هو الظاهر من بعض العبارات المحكية عن التذكرة.

[الظاهر من بعض عبارات التذكرة الإجماع على التحريم]

فعن موضع منها أنه لا يجوز المسابقة في المصارعة بعوض و بغير عوض عند علمائنا أجمع لعموم النهي إلا في الثلاثة الخف و الحافر و النصل و ظاهر استدلاله أن مستند الإجماع هو النهي و هو جار في غير المصارعة أيضا. و عن موضع آخر لا يجوز المسابقة على رمي الحجارة باليد و المقلاع و المنجنيق سواء أ كان بعوض أم بغير عوض عند علمائنا و فيه أيضا لا يجوز المسابقة على المراكب و السفن و الطيارات عند علمائنا و قال أيضا لا يجوز المسابقة على مناطحة الغنم و مهارشة الديك بعوض و بغير عوض قال و كذلك لا يجوز المسابقة بما لا ينتفع به في الحرب و عد فيما مثل به اللعب بالخاتم و الصولجان و رمي البنادق و الجلاهق و الوقوف على رجل واحدة و معرفة ما في اليد من الزوج و الفرد و سائر الألعاب و كذلك اللبث في الماء قال و جوزه بعض الشافعية و ليس بجيد انتهى.

و ظاهر المسالك الميل إلى الجواز

و استجوده في الكفاية و تبعه بعض من تأخر عنه للأصل و عدم ثبوت الإجماع و عدم النص عدا ما تقدم من التذكرة من عموم النهي و هو غير دال لأن السبق في الرواية يحتمل التحريك بل في المسالك أنه المشهور في الرواية و عليه فلا تدل إلا على تحريم المراهنة بل هي غير ظاهرة في التحريم أيضا لاحتمال إرادة فسادها بل هو الأظهر لأن نفي العوض ظاهر في نفي استحقاقه و إرادة نفي جواز العقد عليه في غاية البعد. و على تقدير السكون فكما يحتمل نفي الجواز التكليفي فيحتمل نفي الصحة لوروده مورد الغالب من اشتمال المسابقة على العوض

و قد يستدل للتحريم أيضا بأدلة القمار

بناء على أنه مطلق المغالبة و لو بدون العوض كما يدل عليه ما تقدم من إطلاق الرواية- بكون اللعب بالنرد و الشطرنج بدون العوض قمارا. و دعوى أنه يشترط في صدق القمار أحد الأمرين إما كون المغالبة بالآلات المعدة للقمار و إن لم يكن عوض و إما المغالبة مع العوض و إن لم يكن بالآلات المعدة للقمار على ما يشهد به إطلاقه في رواية الرهان في الخف و الحافر في غاية البعد بل الأظهر أنه مطلق المغالبة. و يشهد له أن إطلاق آلة القمار موقوف على عدم دخول الآلة في مفهوم القمار كما في سائر الآلات المضافة إلى الأعمال حيث إن الآلة غير مأخوذة في المفهوم و قد عرفت أن العوض أيضا غير مأخوذ فيه فتأمل.

و يمكن أن يستدل على التحريم أيضا بما تقدم من أخبار حرمة الشطرنج و النرد

معللة بكونها من الباطل و اللعب و أن كل ما ألهى عن ذكر الله عز و جل فهو الميسر. و قوله ع: في بيان حكم اللعب بالأربعة عشر لا تستحب شيئا من اللعب غير الرهان و الرمي و المراد رهان الفرس و لا شك في صدق اللهو و اللعب فيما نحن فيه ضرورة أن العوض لا دخل له في ذلك.

و يؤيده ما دل على أن كل لهو المؤمن باطل

خلا ثلاثـة و عـد منها إجراء الخيل و ملاعبـة الرجل امرأته و لعله لـذلک كله اسـتدل في الرياض تبعا للمهذب في مسألتنا بما دل على حرمـة اللعب لكن قـد يشـكل الاسـتدلال فيما إذا تعلق بهـذه الأفعال غرض صـحيح يخرجه عن صـدق اللهو عرفا فيمكن إناطة الحكم بـاللهو و يحكم في غير مصـاديقه بالإباحـة إلاـ أن يكون قولا بالفصل و هو غير معلوم و سـيجيء بعض الكلام في ذلک عنـد التعرض لحكم اللهو و موضوعه إن شاء الله

القيادة

السادسة عشرة القيادة– و هو السعى بين الشخصين لجمعهما على الوطء المحرم

السادسة عشرة القيادة– و هو السعى بين الشخصين لجمعهما على الوطء المحرم

و هى من الكبائر و قد تقدم تفسير الواصـلة و المستوصـلة بذلک في مسألة تدليس الماشطة. و في صحيحة ابن سنام: أنه يضرب ثلاثة أرباع حد الزاني خمسة و سبعون سوطا و ينفى من المصر الذى هو فيه

القيافة

السابعة عشرة القيافة و هو حرام في الجملة

اشارة

السابعة عشرة القيافة و هو حرام في الجملة

نسبه في الحدائق إلى الأصحاب و في الكفاية لا أعرف له خلافا و عن المنتهى الإجماع.

[القائف لغة و اصطلاحا]

و القائف كما عن الصـحاح و القاموس و المصـباح هو الذى يعرف الآثار– و عن النهاية و مجمع البحرين زيادة أنه يعرف شـبه الرجل بأخيه و أبيه و في جامع المقاصـد و المسالک كما عن إيضاح النافع و الميسـية أنها إلحاق الناس بعضـهم ببعض و قيـد في الـدروس و جامع المقاصـد كما في التنقيح حرمتها بما إذا ترتب عليها محرم و الظاهر أنه مراد الكل و إلا فمجرد حصول الاعتقاد العلمي أو الظني بنسب شخص لا دليل على تحريمه

[الأخبار الناهية عن مراجعة القائف]

و لـذا نهى في بعض الأخبـار عن إتيـان القائف و الآخـذ بقوله. ففي المحكى عن الخصال ما أحب أن تأتيهم و عن مجمع البحرين أن في الحـديث لا تأخـذ بقول القائف. و نسب بعض أهل السـنة أن رسول الله ص قضـى بقول القافـة و قـد أنكر ذلک عليهم في أخبارنا كما يشـهد به ما في الكافي عن زكريا بن يحيى بن نعمان الصـيرفي قال: سـمعت على بن جعفر يحدث حسن بن الحسـين بن على بن الحسـين فقال و الله لقد نصـر الله أبا الحسن الرضا ع فقال الحسن إي و الله جعلت فداک لقد بغى عليه إخوته فقال على بن جعفر إي و الله و نحن عمومته بغينا عليه فقال له الحسن جعلت فداک كيف صـنعتم فإني لم أحضركم قال قال له إخوته و نحن أيضا– ما كان فينا إمام قط حائل اللون فقال لهم الرضا ع هو ابني قالوا فإن رسول الله ص قد قضى بالقافة فبيننا و بينک القافة قال ابعثوا أنتم إليهم فأما أنا

فلا و لا تعلموهم لما دعوتموهم إليه و لتكونوا فى بيوتكم فلما جاءوا أقعدونا فى البستان و اصطف عمومته و إخوته و أخواته و أخذوا الرضا ع و ألبسوه جبة من صوف و قلنسوة منها و وضعوا على عنقه مسحاة و قالوا له ادخل البستان كأنك تعمل فيه ثم جاءوا بأبى جعفر ع فقالوا ألحقوا هذا الغلام بأبيه فقالوا ليس له هاهنا أب و لكن هذا عم أبيه و هذا عمه و هذه عمته و إن يكن له هاهنا أب فهو صاحب البستان فإن قدميه و قدميه واحدة فلما رجع أبو الحسن ع قالوا هذا أبوه قال على بن جعفر فقمت فمصصت ريق أبى جعفر ع ثم قلت له أشهد أنك إمامى إلى آخر الخبر نقلناه بطوله تيمنا

الكذب

الثامنة عشرة الكذب و هو حرام بضرورة العقول و الأديان

اشارة

الثامنة عشرة الكذب و هو حرام بضرورة العقول و الأديان

و يدل عليه الأدلة الأربعة إلا أن الذى ينبغى الكلام فيه مقامان أحدهما فى أنه من الكبائر ثانيهما فى مسوغاته

أما الأول [هل المستفاد من الأخبار أن الكذب من الكبائر]

اشارة

فالظاهر من غير واحد من الأخبار كالمروى فى العيون بسنده عن الفضل بن شاذان لا يقصر عن الصحيح و المروى عن الأعمش فى حديث شرائع الدين عده من الكبائر. و فى الموثقة بعثمان بن عيسى: إن الله تعالى جعل

المكاسب، ج۱، ص ۵۰

للشر أقفالا- و جعل مفاتيح تلك الأقفال الشراب و الكذب شر من الشراب و أرسل عن رسول الله ص: أ لا أخبركم بأكبر الكبائر الإشراك بالله و عقوق الوالدين و قول الزور أى الكذب و عنه ص: إن المؤمن إذا كذب بغير عذر لعنه سبعون ألف ملك خرج من قلبه نتن حتى يبلغ العرش و كتب عليه بتلك الكذبة سبعين زنية أهونها كمن يزنى مع أمه و يؤيده ما عن العسكرى ع: جعلت الخبائث كلها فى بيت واحد و جعل مفتاحها الكذب إلى آخر الحديث فإن مفتاح الخبائث كلها كبيرة لا محالة. و يمكن الاستدلال على كونه من الكبائر بقوله تعالى إِنَّما يَفْتَرِى الْكَذِبَ الَّذِينَ لا يُؤْمِنُونَ بِآياتِ اللَّهِ فجعل الكاذب غير مؤمن بآيات الله كافرا بها و لذلك كله أطلق جماعة كالفاضلين و الشهيد الثانى فى ظاهر كلماتهم كونه من الكبائر من غير فرق بين أن يترتب على الخبر الكاذب مفسدة أو لا يترتب عليه شىء أصلا. و يؤيده ما روى: عن النبى ص فى وصيته لأبى ذر ويل للذى يحدث فيكذب ليضحك القوم ويل له ويل له ويل له فإن الأكاذيب المضحكة لا يترتب عليها غالبا إيقاع فى المفسدة.

[هل الكذب كله من الكبائر]

نعم فى الأخبار ما يظهر من عدم كونه على الإطلاق كبيرة- مثل رواية أبى خديجة عن أبى عبد الله ع: إن الكذب على الله و على رسوله من الكبائر فإنها ظاهرة باختصاص الكبيرة بهذا الكذب الخاص لكن يمكن حملها على كون هذا الكذب الخاص من الكبائر الشديدة العظيمة و لعل هذا أولى من تقييد المطلقات المتقدمة. و فى مرسلة سيف بن عميرة عن أبى جعفر ع قال: كان على بن الحسين ع يقول لولده اتقوا الكذب الصغير منه و الكبير فى كل جد و هزل فإن الرجل إذا كذب فى الصغير اجترأ على الكبير- إلى

آخر الخبر و يستفاد منه أن عظم الكذب باعتبار ما يترتب عليه من المفاسد.

[هل الكذب من اللمم]

و في صحيحة ابن الحجاج: قلت لأبي عبد الله ع الكذاب هو الذي يكذب في الشيء قال لا ما من أحد إلا يكون ذاك منه و لكن المطبوع على الكذب فإن قوله ما من أحد إلا يكون ذاك منه يدل على أن الكذب- من اللمم التي تصدر من كل أحد لا من الكبائر. و عن الحارث الأعور عن علي ع قال: لا يصلح من الكذب جد و لا هزل و أن لا يعد أحدكم صبيه ثم لا يفي له إن الكذب يهدي إلى الفجور و الفجور يهدي إلى النار و ما زال أحدكم يكذب حتى يقال كذب و فجر إلى آخر الخبر و فيه أيضا إشعار بأن مجرد الكذب ليس فجورا.

[حكم الإنشاء المنبئ عن الكذب]

و قوله و لا أن يعد أحدكم صبيه ثم لا يفي له لا بد أن يراد منه النهي عن الوعد مع إضمار عدم الوفاء و هو المراد ظاهرا بقوله تعالى كَبُرَ مَقْتاً عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا ما لا تَفْعَلُونَ بل الظاهر عدم كونه كذبا حقيقيا و أن إطلاق الكذب عليه في الرواية- لكونه في حكمه من حيث الحرمة أو لأن الوعد مستلزم للإخبار بوقوع الفعل كما أن سائر الإنشاءات كذلك و لذا ذكر بعض الأساطين أن الكذب و إن كان من صفات الخبر إلا أن حكمه يجري في الإنشاء المنبئ عنه كمدح المذموم و ذم الممدوح و تمني المكاره و ترجي غير المتوقع و إيجاب غير الموجب و ندب غير النادب و وعد غير العازم

[خلف الوعد لا يدخل في الكذب]

و كيف كان فالظاهر عدم دخول خلف الوعد في الكذب لعدم كونه من مقولة الكلام. نعم هو كذب للوعد بمعنى جعله مخالفا للواقع كما أن إنجاز الوعد صدق له بمعنى جعله مطابقا للواقع فيقال صادق الوعد و وعد غير مكذوب و الكذب بهذا المعنى ليس محرما على المشهور و إن كان غير واحد من الأخبار ظاهرا في حرمته و في بعضها الاستشهاد بالآية المتقدمة

[الكذب في الهزل]

ثم إن ظاهر الخبرين الأخيرين خصوصا المرسلة حرمة الكذب حتى في الهزل و يمكن أن يراد بها الكذب في مقام الهزل. و أما نفس الهزل و هو الكلام الفاقد للقصد إلى تحقق مدلوله فلا يبعد أنه غير محرم مع نصب القرينة على إرادة الهزل كما صرح به بعض و لعله لانصراف الكذب إلى الخبر المقصود و للسيرة و يمكن حمل الخبرين على مطلق المرجوحية- و يحتمل غير بعيد حرمته لعموم ما تقدم خصوصا الخبرين الأخيرين- و النبوي في وصية أبي ذر لأن الأكاذيب المضحكة أكثرها من قبيل الهزل. و عن الخصال بسنده عن رسول الله ص: أنا زعيم بيت في أعلى الجنة و بيت في وسط الجنة و بيت في رياض الجنة لمن ترك المراء و إن كان محقا و لمن ترك الكذب و إن كان هازلا- و لمن حسن خلقه و قال أمير المؤمنين ص: لا يجد الرجل طعم الإيمان حتى يترك الكذب هزله و جده

ثم إنه لا ينبغي الإشكال في أن المبالغة في الادعاء و إن بلغت ما بلغت ليست من الكذب

و ربما يدخل فيه إذا كانت في غير محلها كما لو مدح إنسانا قبيح المنظر و شبه وجهه بالقمر إلا إذا بني على كونه كذلك في نظر المادح فإن الأنظار تختلف في التحسين و التقبيح كالذائقات في المطعومات.

و أما التورية

اشارة

و هو أن يريد بلفظ معنى مطابقا للواقع و قصد من إلقائه أن يفهم المخاطب منه خلاف ذلك مما هو ظاهر فيه عند مطلق المخاطب أو المخاطب الخاص كما لو قلت في مقام إنكار ما قلته في حق أحد علم الله ما قلته و أردت بكلمة ما الموصولة و فهم المخاطب النافية و كما لو استأذن رجل بالباب فقال الخادم له ما هو هاهنا و أشار إلى موضع فارغ في البيت و كما لو قلت اليوم ما أكلت الخبز تعني بذلك حالة النوم أو حالة الصلاة إلى غير ذلك فلا ينبغي الإشكال في عدم كونها من الكذب و لذا صرح الأصحاب فيما سيأتي من وجوب التورية عند الضرورة بأنه يؤدي بما يخرجه عن الكذب بل اعترض جامع المقاصد على قول العلامة في القواعد في مسألة الوديعة إذا طالبها ظالم بأنه يجوز الحلف كاذبا و تجب التورية على العارف بها بأن العبارة لا تخلو عن مناقشة حيث تقتضي ثبوت الكذب مع التورية و معلوم أن لا كذب معها انتهى. و وجه ذلك أن الخبر باعتبار معناه و هو المستعمل فيه كلامه ليس مخالفا للواقع و إنما فهم المخاطب من كلامه أمرا مخالفا للواقع لم يقصده المتكلم من اللفظ. نعم لو ترتبت عليها مفسدة حرمت من تلك الجهة اللهم إلا أن يدعى أن مفسدة الكذب و هو الإغراء موجودة فيها و هي ممنوعة لأن الكذب محرم لا لمجرد الإغراء.

[الملاک في اتصاف الخبر بالكذب عند بعض الأفاضل]

و ذكر بعض الأفاضل أن المعتبر في اتصاف الخبر بالصدق و الكذب هو ما يفهم من ظاهر الكلام لا ما هو المراد منه فلو قال رأيت حمارا و أراد منه البليد من دون نصب قرينة فهو متصف بالكذب و إن لم يكن المراد مخالفا للواقع انتهى موضع الحاجة. أقول فإن أراد اتصاف الخبر في

المكاسب، ج۱، ص ۵۱

الواقع فقد تقدم أنه دائر مدار موافقة المخبر و مخالفته للواقع لأنه معنى الخبر و المقصود منه دون ظاهره الذي لم يقصد. و إن أراد اتصافه عند الواصف فهو حق مع فرض جهله بإرادة خلاف الظاهر. لكن توصيفه حينئذ باعتقاد أن هذا هو مراد المخبر و مقصوده فيرجع الأمر إلى إناطة الاتصاف بمراد المتكلم و إن كان الطريق إليه اعتقاد المخاطب.

و مما يدل على سلب الكذب عن التورية

ما روي في الاحتجاج: أنه سئل الإمام الصادق ع عن قول الله عز و جل في قصة إبراهيم على نبينا و آله و عليه السلام بَلْ فَعَلَهُ كَبِيرُهُمْ هذا فَسْئَلُوهُمْ إِنْ كانُوا يَنْطِقُونَ قال ما فعله كبيرهم و ما كذب إبراهيم قيل و كيف ذلك فقال إنما قال إبراهيم فسئلوهم إن كانوا ينطقون أي إن نطقوا فكبيرهم فعل- و إن لم ينطقوا فلم يفعل كبيرهم شيئا فما نطقوا و ما كذب إبراهيم: و سئل [أبو عبد الله ع] عن قول الله تعالى [في يوسف] أَيَّتُهَا الْعِيرُ إِنَّكُمْ لَسارِقُونَ قال إنهم سرقوا يوسف من أبيه أ لا- ترى أنهم قالوا نفقد صواع الملك و لم يقولوا سرقتم صواع الملك: و سئل عن قول الله عز و جل حكاية عن إبراهيم ع إِنِّي سَقِيمٌ قال ما كان إبراهيم سقيما و ما كذب إنما عنى سقيما في دينه أي مرتادا و في مستطرفات السرائر من كتاب ابن كثير قال: قلت لأبي عبد الله ع الرجل يستأذن عليه فيقول للجارية قولي ليس هو هاهنا فقال ع لا بأس ليس بكذب فإن سلب الكذب مبني على أن المشار إليه بقوله هاهنا موضع خال من الدار إذ لا وجه له سوى ذلك. و روى في باب الحيل من كتاب الطلاق للمبسوط: أن واحدا من الصحابة صحب واحدا آخر فاعترضهما في الطريق أعداء المصحوب فأنكر الصاحب أنه هو فأحلفوه فحلف لهم أنه أخوه فلما أتى النبي ص قال له صدقت المسلم أخو المسلم إلى غير ذلك مما يظهر منه ذلك

أما الكلام فی المقام الثانی و هی مسوغات الكذب

اشارة

فاعلم أنه يسوغ الكذب لوجهين

أحدهما الضرورة إليه

اشارة

فيسوق معها بالأدلة الأربعة قال الله تعالى إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمانِ و قال تعالى لا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكافِرِينَ أَوْلِياءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَ مَنْ يَفْعَلْ ذلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقاةً. و قوله ع: ما من شيء إلا و قد أحله الله لمن اضطر إليه و قد اشتهر أن الضرورات تبيح المحظورات. و الأخبار فی ذلک أكثر من أن تحصى و قد استفاضت أو تواترت بجواز الحلف كاذبا لدفع الضرر البدنی أو المالی عن نفسه أو أخيه. و الإجماع أظهر من أن يدعى أو يحكى و العقل مستقل بوجوب ارتكاب أقل القبيحين مع بقائه على قبحه أو انتفاء قبحه لغلبة الآخر عليه على القولين و هما كون القبح العقلی مطلقا أو فی خصوص الكذب لأجل الذات فيختلف الوجوه و الاعتبارات و لا إشكال فی ذلک

و إنما الإشكال و الخلاف فی أنه هل يجب حينئذ التورية لمن يقدر عليها أم لا

اشارة

ظاهر المشهور هو الأول كما يظهر من المقنعة و المبسوط و الغنية و السرائر و الشرائع و القواعد و اللمعة و شرحها و التحرير و جامع المقاصد و الرياض و محكی مجمع البرهان فی مسألة جواز الحلف لدفع الظالم عن الوديعة.

[ما يدل على الوجوب من كلمات الفقهاء]

قال فی المقنعة من كانت عنده أمانة فطالبه ظالم بتسليمها إليه و خيانة صاحبها فيها فليجحدها ليحفظها على المؤتمن له عليها و إن استحلفه على ذلک فليحلف و يوری فی نفسه بما يخرجه عن الكذب فليجهد و إن استحلفه ظالم على ذلک فليحلف و يوری فی نفسه بما يخرجه عن الكذب إلى أن قال فإن لم يحسن التورية و كانت نيته حفظ الأمانة أجزأته النية و كان مأجورا انتهى. و قال فی هذه المسألة أعنی مطالبة الظالم الوديعة فإن قنع الظالم منه بيمينه فله أن يحلف و يوری فی ذلک انتهى. و فی الغنية فی هذه المسألة و يجوز له أن يحلف أنه ليس عنده وديعة و يوری فی يمينه بما يسلم به من الكذب بدليل إجماع الشيعة انتهى و قال فی المختصر النافع حلف موريا و فی القواعد و تجب التورية على العارف بها انتهى و فی السرائر فی باب الحيل من كتاب الطلاق لو أنكر الاستدانة خوفا من الإقرار بالإبراء أو القضاء جاز الحلف مع صدقه بشرط التورية بما يخرجه عن الكذب انتهى و فی اللمعة يحلف عليه فيوری و قريب منه فی شرحها و فی جامع المقاصد فی باب المكاسب تجب التورية بما يخرجه عن الكذب انتهى.

[وجه ما ذكره الفقهاء فی وجوب التورية]

و وجه ما ذكروه أن الكذب حرام و لم يحصل الاضطرار إليه مع القدرة على التورية فيدخل تحت العمومات مع أن قبح الكذب عقلی

فلا يسوغ إلا مع تحقق عنوان حسن فى ضـمنه يغلب حسنه على قبحه و يتوقف تحققه على تحققه و لا يكون التوقف إلا مع العجز عن التورية

[مقتضى الإطلاقات عدم الوجوب]

و هذا الحكم جيد إلا أن مقتضى إطلاقات أدلة الترخيص فى الحلف كاذبا لدفع الضرر البدنى أو المالى عن نفسه أو أخيه عدم اعتبار ذلك. ففى روايـة السكونى عن الإمام الصادق عن أبيه عن آبائه عن على ع قال قال رسول الله ص: احلف بالله كاذبا و نج أخاك من القتـل و صـحيحة إسـماعيل بن سـعد الأشـعرى عن أبى الحسن الرضـا ع قال: سألته عن رجل يخاف على ماله من السـلطان فيحلف له لينجو به منه قـال لاـ بـأس و سألته هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على مال نفسه قال نعم و عن الفقيه قال قال الصادق ع: اليمين على وجهين إلى أن قـال فأمـا اليمين الـتى يـؤجر عليهـا الرجـل إذا حلـف كاذبـا و لم تلزمه الكفـارة فهـو أن يحلف الرجـل فى خلاـص امرأ مسـلم أو خلاـص مـاله مـن متعـد يتعـدى عليه من لص أو غيره و فى موثقـة زرارة بـابن بكير: أنـا نمر على هؤلاـء القـوم فيستحلفوننا على أموالنا و قد أدينا زكاتها فقال يا زرارة إذا خفت فاحلف لهم بما شاءوا و رواية سـماعة عن أبى عبد الله ع: إذا حلف الرجل تقية لم يضـره إذا هو أكره أو اضـطر إليه و قال ليس شـىء مما حرم الله إلا و قد أحله لمن اضطر إليه إلى غير ذلك من الأخبار الواردة فى هـذا البـاب و فيمـا يـأتى من جواز الكـذب فى الإصـلاح التى يصـعب على الفقيه التزام تقييـدها بصورة عـدم القـدرة على التوريـة. و أما حكم العقل بقبـح الكـذب فى غير مقام توقف تحقق المصـلحة الراجحـة عليه فهو و إن كان مسـلما إلا أنه يمكن القول بالعفو عنه شرعا- للأخبار المذكورة كما عفى عن الكذب فى الإصلاح و عن السب و التبرى مع الإكراه مع أنه قبيح عقلا أيضا مع أن إيجاب التورية على القادر لا يخلو عن الالتزام بالعسر كما لا يخفى

[المختار اشتراط جواز الكذب بعدم إمكان التورية]

فلو قيل بتوسعة الشارع على العباد بعـدم ترتب الآثار على الكـذب فيما نحن فيه و إن قـدر على التورية كان حسـنا إلا أن الاحتياط فى خلافه بل هو المطابق للقواعـد لو لا اسـتبعاد التقييـد فى هـذه المطلقات لأن النسـبة بين هذه المطلقات و بين ما دل كالرواية الأخيرة و غيرها على اختصاص الجواز بصورة الاضطرار المستلزم للمنع مع عدمه

المكاسب، ج۱، ص ۵۲

مطلقا عموم من وجه فيرجع إلى عمومات حرمـة الكـذب فتأمل. هـذا مع إمكان منع الاسـتبعاد المذكور لأن مورد الأخبار عدم التفات إلى التورية فى مقام الضرورة إلى الكذب إذ مع الالتفات فالغالب اختيارها إذ لا داعى إلى العدول عنها إلى الكذب

[هل يتحقق الإكراه فى صورة القدرة على التورية]

ثم إن أكثر الأصـحاب مع تقييـدهم جواز الكـذب بعدم القدرة على التورية أطلقوا القول بلغوية ما أكره عليه من العقود و الإيقاعات و أقوال المحرمة كالسب و التبرى من دون تقييد بصورة عدم التمكن من التورية بل صرح بعض هؤلاء كالشهيد فى الروضة و المسالك فى باب الطلاق بعدم اعتبار العجز عنها بل فى كلام بعض ما يشـعر بالاتفاق عليه مع أنه يمكن أن يقال إن المكره على البيع إنما أكره على التلفـظ بالصـيغة. و أمـا إرادة المعنى فممـا لاـ يقبـل الإكراه فإذا أراده مع القـدرة على عـدم إرادته فقـد اختاره فالإكراه على البيع الواقعى يختص بغير القادر على التورية لعدم المعرفة بها أو عدم الالتفات إليها كما أن الاضطرار إلى الكذب يختص بغير القادر عليها

[الفرق بين الإكراه و الكذب]

و يمكن أن يفرق بين المقامين بأن الإكراه إنما يتعلق بالبيع الحقيقى أو الطلاق الحقيقى غاية الأمر قدرة المكره على التفصى عنه بإيقاع الصورة من دون إرادة المعنى لكنه غير المكره عليه. و حيث إن الأخبار خالية عن اعتبار العجز عن التفصى بهذا الوجه لم يعتبر ذلك فى حكم الإكراه و هذا بخلاف الكذب فإنه لم يسوغ إلا عند الاضطرار إليه و لا اضطرار مع القدرة. نعم لو كان الإكراه من أفراد الاضطرار بأن كان المعتبر فى تحقق موضوعه عرفا أو لغة العجز عن التفصى كما ادعاه بعض أو قلنا باختصاص رفع حكمه بصورة الاضطرار بأن كان عدم ترتب الأثر على المكره عليه من حيث إنه مضطر إليه لدفع الضرر المتوعد عليه به عن النفس و المال كان ينبغى فيه اعتبار العجز من التورية لعدم اضطرار مع القدرة عليها. و الحاصل أن المكره إذا قصد المعنى مع التمكن من التورية صدق على ما أوقع أنه مكره عليه فيدخل فى عموم رفع ما أكرهوا عليه. و أما المضطر فإذا كذب مع القدرة على التورية لم يصدق أنه مضطر إليه فلا يدخل فى عموم رفع ما اضطروا إليه هذا كله على مذاق المشهور من انحصار جواز الكذب بصورة الاضطرار إليه حتى من جهة العجز عن التورية. و أما على ما استظهرناه من الأخبار كما اعترف به جماعة من جوازه مع الاضطرار إليه من غير جهة العجز عن التورية فلا فرق بينه و بين الإكراه كما أن الظاهر أن أدلة نفى الإكراه راجعة إلى الاضطرار لكن من غير جهة التورية. فالشارع رخص فى ترك التورية فى كل كلام مضطر إليه للإكراه عليه أو دفع الضرر به هذا و لكن الأحوط التورية فى البابين

ثم إن الضرر المسوغ للكذب هو المسوغ لسائر المحرمات

. نعم يستحب تحمل الضرر المالى الذى لا يجحف و عليه يحمل قول أمير المؤمنين ع فى نهج البلاغة: علامة الإيمان أن تؤثر الصدق حيث يضرك على الكذب حيث ينفعك-

[الأنسب حمل روايات التقية على خلاف الظاهر لا الكذب لمصلحة]

ثم إن الأقوال الصادرة عن أئمتنا فى مقام التقية فى بيان الأحكام مثل قولهم: لا بأس بالصلاة فى ثوب أصابه خمر و نحو ذلك و إن أمكن حمله على الكذب لمصلحة بناء على ما استظهرنا جوازه من الأخبار إلا أن الأليق بشأنهم ع هو الحمل على إرادة خلاف ظواهرها من دون نصب قرينة بأن يريد من جواز الصلاة فى الثوب المذكور جوازها عند تعذر الغسل و الاضطرار إلى اللبس و قد صرحوا بإرادة المحامل البعيدة فى بعض الموارد مثل أنه: ذكر ع أن النافلة فريضة ففزع المخاطب ثم قال إنما أردت صلاة الوتر على النبى ص

و من هنا يعلم أنه إذا دار الأمر فى بعض المواضع بين الحمل على التقية و الحمل على الاستحباب

كما فى الأمر بالوضوء عقيب بعض ما قال العامة بكونه حدثا تعين الثانى لأن التقية تتأدى بإرادة المجاز و إخفاء القرينة.

الثانى من مسوغات الكذب إرادة الإصلاح

و قد استفاضت الأخبار بجواز الكذب عند إرادة الإصلاح.
ففى صحيحة معاوية بن عمار: المصلح ليس بكذاب و نحوها رواية معاوية بن حكم عن أبيه عن جده عن أبى عبد الله ع. و فى رواية عيسى بن حسان فى الوسائل عن الصادق ع: كل كذب مسئول عنه صاحبه يوما إلا كذبا فى ثلاثة رجل كائد فى حربه فهو موضوع عنه أو رجل أصلح بين اثنين يلقى هذا بغير ما يلقى به هذا يريد بذلك الإصلاح أو رجل وعد أهله و هو لا يريد أن يتم لهم و بمضمون هذه الرواية فى استثناء هذه الثلاثة روايات. و فى مرسلة الواسطى عن أبى عبد الله ع قال: الكلام ثلاثة صدق و كذب و إصلاح بين الناس قال قيل له جعلت فداك ما الإصلاح بين الناس قال تسمع من الرجل كلاما يبلغه فتخبث نفسه فيقول سمعت من

فلان قال فيك من الخير كذا و كذا خلاف ما سمعت منه و عن الصدوق في كتاب الإخوان بسنده عن أبي الحسن الرضا ع قال: إن الرجل ليصدق على أخيه فيصيبه عنت من صدقه فيكون كذابا عند الله و إن الرجل ليكذب على أخيه يريد به نفعه فيكون عند الله صادقا ثم إن ظاهر الأخبار المذكورة عدم وجوب التورية و لم أر من اعتبر العجز عنها في جواز الكذب في هذا المقام. و تقييد الأخبار المذكورة بصورة العجز عنها في غاية البعد و إن كان مراعاته مقتضى الاحتياط. ثم إنه قد ورد في أخبار كثيرة جواز الوعد الكاذب مع الزوجة بل مطلق الأهل و الله العالم

الكهانة

التاسعة عشرة الكهانة

اشارة

من كهن يكهن ككتب يكتب كتابة كما في الصحاح إذا تكهن قال و يقال كهن بالضم كهانة بالفتح إذا صار كاهنا. و عن القاموس أيضا الكهانة بالكسر لكن عن المصباح كهن يكهن كقتل يقتل كهانة بالفتح

[من هو الكاهن]

و كيف كان فعن النهاية أن الكاهن من يتعاطى الخبر عن الكائنات في مستقبل الزمان. فقد كان في العرب كهنة فمنهم من كان يزعم أن له تابعا من الجن يلقي إليه الأخبار و منهم من كان يزعم أنه يعرف الأمور بمقدمات و أسباب يستدل بها على مواقعها من كلام من سأله أو فعله أو حاله و هذا يخصونه باسم العراف. و المحكي عن الأكثر في تعريف الكاهن ما في القواعد من أنه من كان له رأي من الجن يأتيه الأخبار. و عن التنقيح أنه المشهور و نسبه في السرائر إلى القيل و رأي على فعيل من رأى يقال فلان رأي القوم أي صاحب رأيهم قيل و قد تكسر راؤه اتباعا و عن القاموس و السرائر رأي كغني جني يرى فيخبر و عن النهاية يقال للتابع من الجن رأي بوزن كمي.

المكاسب، ج۱، ص ۵۳

[تفسير الكهانة في رواية الاحتجاج]

أقول روى الطبرسي في الاحتجاج: في جملة الأسئلة التي سأل الزنديق عنها أبا عبد الله ع قال الزنديق فمن أين أصل الكهانة و من أين يخبر الناس بما يحدث قال ع إن الكهانة كانت في الجاهلية في كل حين فترة من الرسل كان الكاهن بمنزلة الحاكم يحتكمون إليه فيما يشتبه عليهم من الأمور بينهم فيخبرهم عن أشياء تحدث و ذلك من وجوه شتى فراسة العين و ذكاء القلب و وسوسة النفس و فطنة الروح مع قذف في قلبه لأن ما يحدث في الأرض من الحوادث الظاهرة فذلك يعلم الشيطان و يؤديه إلى الكاهن و يخبره بما يحدث في المنازل و الأطراف و أما أخبار السماء فإن الشياطين كانت تقعد مقاعد استراق السمع إذ ذاك و هي لا تحجب و لا ترجم بالنجوم و إنما منعت من استراق السمع لئلا يقع في الأرض سبب يشاكل الوحي من خبر السماء و يلبس على أهل الأرض بما جاءهم من الله تعالى لإثبات الحجة و نفي الشبهة و كان الشيطان يسترق الكلمة الواحدة من خبر السماء بما يحدث الله في خلقه فيختطفها ثم يهبط بها إلى الأرض فيقذفها إلى الكاهن فإذا قد زاد كلمات من عنده فيخلط الحق بالباطل فلما أصاب الكاهن من خبر يخبر به فهو ما أداه إليه شيطانه مما سمعه و ما أخطأ فيه فهو من باطل ما زاد فيه فمنذ منعت الشياطين عن استراق السمع انقطعت الكهانة. و اليوم إنما تؤدي الشياطين إلى كهانها أخبار الناس بما يتحدثون به و ما يحدثونه و الشياطين تؤدي إلى الشياطين ما يحدث في البعد من

الحوادث من سارق سرق و من قاتل قتل و من غائب غاب و هم بمنزلة الناس أيضا صدوق و كذوب إلى آخر الخبر. و قوله ع مع قذف فی قلبه یمکن أن یکون قیدا للأخیر و هو فطنة الروح فتکون الکهانة بغیر قذف الشیاطین کما هو ظاهر ما تقدم من النهایة و یحتمل أن یکون قیدا لجمیع الوجوه المذکورة فیکون المراد ترکب أخبار الکاهن مما یقذفه الشیطان و ما یحدث فی نفسه لتلک الوجوه و غیرها کما یدل علیه قوله ع بعد ذلک زاد کلمات من عنده فیخلط الحق بالباطل و کیف کان ففی قوله ع انقطعت الکهانة دلالة ما عن المغرب من أن الکهانة فی العرب کانت قبل المبعث و قبل منع الشیطان عن استراق السمع لکن قوله ع إنما تؤدی الشیاطین إلی کهانها أخبار الناس و قوله ع قبل ذلک مع قذف فی قلبه إلی آخر الکلمات دلالة علی صدق الکاهن علی من لا یخبر إلا بإخبار الأرض فیکون المراد من الکهانة المنقطعة الکهانة الکاملة التی یکون الکاهن بها حاکما فی جمیع ما یتحاکمون إلیه من المشتبهات کما ذکر فی أول الروایة

و کیف کان فلا خلاف فی حرمة الکهانة

. و فی المروی عن الخصال: من تکهن أو تکهن له فقد برأ من دین محمد ص و قد تقدم روایة أن الکاهن کالساحر و أن تعلم النجوم یدعو إلی الکهانة. و روی فی مستطرفات السرائر عن کتاب المشیخة للحسن بن محبوب عن الهیثم قال: قلت لأبی عبد الله ع إن عندنا بالجزیرة رجلا ربما أخبر من یأتیه یسأله عن الشیء یسرق أو شبه ذلک فنسأله فقال قال رسول الله ص من مشی إلی ساحر أو کاهن أو کذاب یصدقه فیما یقول فقد کفر بما أنزل الله من کتاب.

[حرمة الإخبار عن الغائبات جزما و لو بغیر الکهانة]

و ظاهر هذه الصحیحة أن الإخبار عن الغائبات علی سبیل الجزم محرم مطلقا سواء أ کان بالکهانة أم بغیرها لأنه ع جعل المخبر بالشیء الغائب بین الساحر و الکاهن و الکذاب و جعل الکل حراما و یؤیدها النهی فی النبوی المروی فی الفقیه فی حدیث المناهی أنه نهی عن إتیان العراف.

و قال ص: من أتاه و صدقه فقد برأ بما أنزل الله عز و جل علی محمد ص. و قد عرفت من النهایة أن المخبر عن الغائبات فی المستقبل کاهن و یخص باسم العراف و یؤید ذلک ما تقدم فی روایة الاحتجاج من قوله ع لئلا یقع فی الأرض سبب یشاکل الوحی إلی آخر الحدیث فإن ظاهر قوله هذا أن ذلک مبغوض للشارع من أی سبب کان فتبین من ذلک أن الإخبار عن الغائبات بمجرد السؤال عنها من غیر نظر فی بعض ما صح اعتباره کبعض الجفر و الرمل محرم و لعله لذا عد صاحب المفاتیح من المحرمات المنصوصة الإخبار عن الغائبات علی سبیل الجزم لغیر نبی أو وصی نبی سواء أ کان بالتنجیم أم الکهانة أم القیافة أو غیر ذلک

اللهو

العشرون اللهو حرام

العشرون اللهو حرام

اشارة

علی ما یظهر من المبسوط و السرائر و المعتبر و القواعد و الذکری و الجعفری و غیرها حیث عللوا لزوم الإتمام فی سفر الصید بکونه محرما من حیث اللهو.

[كلمات الفقهاء فى حرمة اللهو]

قال فى المبسوط السفر على أربعة أقسام و ذكر الواجب و الندب و المباح ثم قال الرابع سفر المعصية و عد من أمثلتها من طلب الصيد للهو و البطر و نحوه بعينه عبارة السرائر. و قال فى المعتبر قال علماؤنا اللاهى بسفره كالمتنزه بصيده بطرا لا يترخص لنا أن اللهو حرام فالسفر له معصية انتهى و قال فى القواعد الخامس من شروط القصر إباحة السفر فلا يرخص العاصى بسفره كتابع الجائر و المتصيد لهوا انتهى و قال فى المختلف فى كتاب المتاجر حرم الحلى الرمى من قوس الجلاهق قال و هذا الإطلاق ليس بجيد بل ينبغى تقييده باللهو و البطر و قد صرح الحلى فى مسألة اللعب بالحمام بغير رهان بحرمته و قال إن اللعب بجميع الأشياء قبيح و رده بعض بمنع حرمة مطلق اللعب. و انتصر فى الرياض للحى بأن ما دل على قبح اللعب و ورود الذم به من الآيات و الروايات أظهر من أن يخفى فإذا ثبت القبح ثبت النهى ثم قال و لو لا شذوذه بحيث كاد أن يكون مخالفا للإجماع لكان المصير إلى قوله ليس بذلك البعيد انتهى. و لا يبعد أن يكون القول بجواز خصوص هذا اللعب و شذوذ القول بحرمته مع دعوى كثرة الروايات بل الآيات على حرمة مطلق اللهو لأجل النص على الجواز فيه فى قوله ع: لا بأس بشهادة من يلعب بالحمام و استدل فى الرياض أيضا تبعا للمهذب على حرمة المسابقة بغير المنصوص على جوازه بغير عوض بما دل على تحريم اللهو و اللعب قال لكونها منه بلا تأمل انتهى.

و الأخبار الظاهرة فى حرمة اللهو كثيرة جدا

منها ما تقدم من قوله ع فى رواية تحف العقول: و ما يكون منه و فيه الفساد محضا و لا يكون منه و لا فيه شىء من وجوه الصلاح فحرام تعليمه و تعلمه و العمل به و أخذ الأجرة عليه و منها ما تقدم من رواية الأعمش حيث عد فى الكبائر الاشتغال بالملاهى التى تصد عن ذكر الله كالغناء و ضرب الأوتار فإن الملاهى جمع ملهى مصدرا أو ملهى وصفا لا الملهاة آلة لأنه لا يناسب التمثيل و نحوها فى عد الاشتغال بالملاهى من الكبائر رواية العيون الواردة فى الكبائر و هى حسنة كالصحيحة بل صحيحة. و منها ما تقدم فى روايات القمار فى قوله ع: كل ما ألهى عن ذكر الله فهو الميسر و منها: قوله ع فى جواب من خرج فى السفر يطلب الصيد بالبزاة و الصقور إنما خرج فى لهو لا يقصر و منها ما تقدم فى رواية الغناء فى حديث الرضا ع: فى جواب من سأله عن السماع فقال

المكاسب، ج ۱، ص ۵۴

إن لأهل الحجاز فيه رأى قال و هو فى حيز اللهو: و قوله ع فى رد من زعم أن النبى ص رخص فى أن يقال جئناكم جئناكم إلخ [حيونا نحيكم إلى آخر الحديث] كذبوا إن الله يقول لَوْ أَرَدْنا أَنْ نَتَّخِذَ لَهْواً لَاتَّخَذْناهُ مِنْ لَدُنَّا إلى آخر الآيتين و منها ما دل على أن اللهو من الباطل بضميمة ما يظهر منه حرمة الباطل كما تقدم فى روايات الغناء. ففى بعض الروايات: كل لهو المؤمن من الباطل ما خلا ثلاثة المسابقة و ملاعبة الرجل أهله إلى آخر الحديث و فى رواية على بن جعفر عن أخيه ع قال: سألته عن اللعب بالأربعة عشر و شبهها قال لا تستحب شيئا من اللعب غير الرهان و الرمى إلى غير ذلك مما يتوقف عليه المتتبع و يؤيدها أن حرمة اللعب بآلات اللهو الظاهر أنه من حيث اللهو لا من حيث خصوص الآلة. ففى رواية سماعة قال قال أبو عبد الله ع: لما مات آدم شمت به إبليس و قابيل فاجتمعا فى الأرض فجعل إبليس و قابيل المعازف و الملاهى شماتة بآدم على نبينا و آله و عليه السلام فكل ما كان فى الأرض من هذا الضرب الذى يتلذذ به الناس فإنما هو من ذلك فإن فيه إشارة إلى أن المناط هو مطلق التلهى و التلذذ و يؤيدها ما تقدم من أن المشهور حرمة المسابقة على ما عدا المنصوص بغير عوض فإن الظاهر أنه لا وجه له عدا كونه لهوا- و إن لم يصرحوا بذلك عدا القليل منهم كما تقدم. نعم صرح فى التذكرة بحرمة المسابقة على جميع الألعاب كما تقدم فى نقل كلامه فى مسألة القمار

هذا و لكن الإشكال فى معنى اللهو

فإنه إن أريد به مطلق اللعب كما يظهر من الصحاح و القاموس فالظاهر أن القول بحرمته شاذ مخالف للمشهور و السيرة فإن اللعب هی الحركة لا لغرض عقلائی و لا خلاف ظاهرا فی عدم حرمته علی الإطلاق. نعم لو خص اللهو بما يكون من بطر و فسر بشدة الفرح كان الأقوی تحريمه و يدخل فی ذلك الرقص و التصفيق و الضرب بالطست بدل الدف و كل ما يفيد فائدة آلات اللهو و لو جعل مطلق الحركات التی لا يتعلق بها غرض عقلائی مع انبعاثها عن القوی الشهوية ففی حرمته تردد.

و اعلم أن هنا عنوانين آخرين اللعب و اللغو.

أما اللعب

فقد عرفت أن ظاهر بعض ترادفهما و لكن مقتضی تعاطفهما فی غير موضع من الكتاب العزيز تغايرهما و لعلهما من قبيل الفقير و المسكين إذا اجتمعا افترقا و إذا افترقا اجتمعا و لعل اللعب يشمل مثل حركات الأطفال غير المنبعثة عن القوی الشهوية.
و اللهو ما تلتذ به النفس و ينبعث عن القوی الشهوية. و قد ذكر غير واحد أن قوله تعالی أَنَّمَا الْحَياةُ الدُّنْيا لَعِبٌ وَ لَهْوٌ وَ زِينَةٌ إلی آخر الآية بيان ملاذ الدنيا علی ترتيب تدرجه فی العمر و قد جعلوا لكل واحد منها ثمان سنين و كيف كان فلم أجد من أفتی بحرمة اللعب عدا الحلی علی ما عرفت من كلامه- و لعله يريد اللهو و إلا فالأقوی الكراهة.

و أما اللغو

فإن جعل مرادف اللهو كما يظهر من بعض الأخبار كان فی حكمه. ففی رواية محمد بن أبی عباد المتقدمة عن أبی الحسن الرضا ع: إن السماع فی حيز اللهو و الباطل أ ما سمعت قول الله تعالی وَ إِذا مَرُّوا بِاللَّغْوِ مَرُّوا كِراماً و نحوها رواية أبی أيوب حيث أراد باللغو الغناء مستشهدا بالآية و إن أريد به مطلق الحركات اللاغية فالأقوی فيها الكراهة. و فی رواية أبی خالد الكابلی عن سيد الساجدين: تفسير الذنوب التی تهتك العصم بشرب الخمر و اللعب بالقمار و تعاطی ما يضحك الناس من اللغو و المزاح و ذكر عيوب الناس: و فی وصية النبی ص لأبی ذر رضی الله عنه أن الرجل ليتكلم بالكلمة فيضحك الناس فيهوی ما بين السماء و الأرض

مدح من لا يستحق المدح

الحادية و العشرون مدح من لا يستحق المدح أو يستحق الذم

اشارة

ذكره العلامة فی المكاسب المحرمة و الوجه فيه واضح من جهة قبحه عقلا.

[ما يدل علی الحرمة]

و يدل عليه من الشرع قوله تعالی وَ لا تَرْكَنُوا إِلَی الَّذِينَ ظَلَمُوا فَتَمَسَّكُمُ النَّارُ و عن النبی ص فيما رواه الصدوق: من عظم صاحب دنيا و أحبه طمعا فی دنياه سخط الله عليه و كان فی درجته مع قارون فی التابوت الأسفل من النار و فی النبوی الآخر الوارد فی حديث المناهی: من مدح سلطانا جائرا أو تخفف أو تضعضع له طمعا فيه كان قرينة فی النار.

[وجوب مدح من لا يستحق المدح لدفع شره]

و مقتضی هذه الأدلة حرمة المدح طمعا فی الممدوح و أما لدفع شره فهو واجب و قد ورد فی عدة أخبار: أن شرار الناس الذین یکرمون اتقاء شرهم

معونة الظالمین

الثانیة و العشرون معونة الظالمین فی ظلمهم حرام بالأدلة الأربعة

الثانیة و العشرون معونة الظالمین فی ظلمهم حرام بالأدلة الأربعة

اشارة

و هو من الکبائر. فعن کتاب الشیخ ورام بن أبی فراس قال قال ع: من مشی إلی ظالم لیعینه و هو یعلم أنه ظالم فقد خرج عن الإسلام قال و قال ع: إذا کان یوم القیامة ینادی مناد أین الظلمة أین أعوان الظلمة أین أشباه الظلمة حتی من بریء لهم قلما أو لاق لهم دواة فیجتمعون فی تابوت من حدید ثم یرمی بهم فی جهنم و فی النبوی ص: من علق سوطا بین یدی سلطان جائر جعلها الله حیة طولها سبعون ألف ذراع فیسلط الله علیه فی نار جهنم خالدا فیها مخلدا.

و أما معونتهم فی غیر المحرمات

فظاهر کثیر من الأخبار حرمتها أیضا کبعض ما تقدم. و قول الصادق ع فی روایة یونس بن یعقوب: لا تعنهم علی بناء مسجد و قوله ع ما أحب أنی عقدت لهم عقدة أو وکیت لهم وکاء و أن لی ما بین لابتیها لا و لا مدة بقلم إن أعوان الظلمة یوم القیامة فی سرادق من نار حتی یفرغ الله من الحساب لکن المشهور الحرمة حیث قیدوا المعونة المحرمة بکونها فی الظلم و الأقوی التحریم مع عد الشخص من الأعوان فإن مجرد إعانتهم علی بناء المسجد لیست محرمة إلا أنه إذا عد الشخص معمارا للظالم أو بناء له فی خصوص المساجد بحیث صار هذا العمل منصبا له فی باب السلطان کان محرما و یدل علی ذلک جمیع ما ورد فی ذم أعوان الظلمة. و قول أبی عبد الله ع فی روایة الکاهلی: من سود اسمه فی دیوان ولد سابع حشره الله یوم القیامة خنزیرا و قوله ع: ما اقترب عبد من سلطان جائر إلا تباعد من الله و عن النبی ص: إیاکم و أبواب السلطان و حواشیها فإن أقربکم من أبواب السلطان و حواشیها أبعدکم عن الله عز و جل

و أما العمل له فی المباحات لأجره أو تبرعا من غیر أن یعد معینا له فی ذلک

اشارة

فضلا من أن یعد من أعوانه فالأولی عدم الحرمة للأصل و عدم الدلیل

[ظهور بعض الأخبار فی التحریم]

اشارة

عدا ظاهر الأخبار مثل روایة ابن أبی یعفور قال: کنت عند أبی عبد الله ع إذ دخل علیه رجل من أصحابنا فقال له جعلت فداک ربما أصاب الرجل منا الضیق و الشدة فیدعی إلی البناء یبنیه أو النهر یکریه أو المسناة یصلحها فما تقول فی ذلک فقال أبو عبد الله ع ما أحب أنی عقدت لهم عقدة أو وکیت لهم وکاء و أن لی ما بین لابتیها إلی آخر ما تقدم. و روایة محمد بن عذافر عن أبیه قال: قال

لی أبو عبد الله ع یا عذافر بلغنی أنک تعامل أبا أیوب و أبا الربیع فما حالک إذا نودی بک فی أعوان الظلمة قال فوجم أبی فقال له
المکاسب، ج ۱، ص ۵۵
أبو عبـد الله ع لما رأی ما أصابه أی عـذافر إنما خوفتک بما خوفنی الله عز و جل به قال محمد فقدم أبی فما زال مغموما مکروبا حتی مات و روایة صـفوان بن مهران الجمال: دخلت علی أبی الحسن الأول ع فقال لی یا صـفوان کل شیء منک حسن جمیل ما خلا شیئا واحـدا فقلت جعلت فـداک أی شـیء قـال ع إکراؤک جمالـک من هـذا الرجل یعنی هارون قلت و الله ما أکریته أشـرا و لا بطرا و لا للصـید و لاـ لهو و لکنی أکریته لهـذا الطریق یعنی طریق مکـة و لاـ أتولاـه بنفسـی و لکن أبعث معه غلمانی فقال لی یا صـفوان أ یقع کراؤک علیهم قلت نعم جعلت فـداک قـال أ تحب بقـاءهم حتی یخرج کراؤک قلت نعم قـال من أحب بقـاءهم فهو منهم و من کان منهم کان وروده إلی النار قال صفوان فذهبت و بعت جمالی عن آخرها فبلغ ذلک إلی هارون فدعانی فقال لی یا صفوان بلغنی أنک بعت جمالـک قلت نعم قـال و لم قلت أنا شـیخ کبیر و إن الغلمان لا یقومون بالأعمال فقال هیهات هیهات إنی لأعلم من أشار علیک بهذا إنما أشار علیک بهذا موسی بن جعفر قلت ما لی و لموسی بن جعفر قال دع هذا عنک فو الله لو لا حسن صحبتک لقتلتک. و ما ورد فی تفسیر الرکون إلی الظالم من أن الرجل یأتی السـلطان فیحب بقاءه إلی أن یدخل یده فی کیسه فیعطیه و غیر ذلک مما ظاهره وجوب التجنب عنهم. و من هنا لما قیل لبعض إنی رجل أخیط للسـلطان ثیابه فهل ترانی بـذلک داخلا فی أعوان الظلمة قال له المعین من یبیعک الإبر و الخیوط و أما أنت فمن الظلمـة أنفسـهم. و فی روایة سـلیمان الجعفری المرویة عن تفسـیر العیاشـی: أن الدخول فی أعمالهم و العون لهم و السعی فی حوائجهم عدیل الکفر و النظر إلیهم علی العمد من الکبائر التی یستحق بها النار

[مناقشة ظهور الأخبار فی التحریم]

لکن الإنصـاف أن شیئا ممـا ذکر لاـ ینهض دلیلاـ لتحریم العمـل لهم علی غیر جهـة المعونـة. أمـا الروایـة الأـولی فلأن التعبیر فیها فی الجواب بقوله لاـ أحب ظـاهر فی الکراهـة. و أمـا قوله ع إن أعوان الظلمـة إلی آخر الحـدیث فهو من بـاب التنبیه علی أن القرب إلی الظلمة و المخالطة معهم مرجوح و إلا فلیس من یعمل لهم الأعمال المذکورة فی السؤال خصوصا مرة أو مرتین خصوصا مع الاضطرار معـدودا من أعوانهم و کـذلک یقال فی روایـة عـذافر مع احتمال أن تکون معاملـة عـذافر مع أبی أیوب و أبی الربیع علی وجه یکون معـدودا من أعوانهم و عمالهم. و أما روایـة صـفوان فالظاهر منها أن نفس المعاملة معهم لیست محرمة بل من حیث محبة بقائهم و إن لم تکن معهم معاملة و لا یخفی علی الفطن العارف بأسالیب الکلام أن قوله ع و من أحب بقاءهم کان منهم لا یراد به من أحبهم مثل محبة صـفوان بقاءهم حتی یخرج کراؤه بل هذا من باب المبالغة فی الاجتناب عن مخالطتهم حتی لا یفضـی ذلک إلی صیرورتهم من أعوانهم و أن یشرب القلب حبهم لأن القلوب مجبولة علی حب من أحسن إلیها.

و قد تبین مما ذکرنا أن المحرم من العمل للظلمة قسمان

أحـدهما الإعانـة لهم علی الظلم. الثانی ما یعد معه من أعوانهم و المنسوبین إلیهم بأن یقال هذا خیاط السـلطان و هذا معماره. و أما ما عدا ذلک فلا دلیل معتبر علی تحریمه
النجش

الثالثة و العشرون النجش بالنون المفتوحة و الجیم الساکنة أو المفتوحة – حرام

الثالثة و العشرون النجش بالنون المفتوحة و الجیم الساکنة أو المفتوحة – حرام

اشارة

لما فى النبوى المنجبر بالإجماع المنقول عن جامع المقاصد من لعن الناجش و المنجوش له و قوله ص: و لا- تناجشوا. و يدل على قبحه العقل لأنه غش و تلبيس و إضرار

[معنى النجش]

و هو كما عن جماعة أن يزيد الرجل فى ثمن السلعة و هو لا يريد شراءها ليسمعه غيره فيزيد لزيادته بشرط المواطاة مع البائع أو لا بشرطها كما حكى عن بعض و حكى تفسيره أيضا بأن يمدح السلعة فى البيع لينفقها و يروجها لمواطأة بينه و بين البائع أو لا معها. و حرمته بالتفسير الثانى خصوصا لا مع المواطاة يحتاج إلى دليل و حكيت الكراهة عن بعض
النميمة

الرابعة و العشرون النميمة محرمة بالأدلة الأربعة

الرابعة و العشرون النميمة محرمة بالأدلة الأربعة

[معنى النميمة]

و هى نقل قول الغير إلى المقول فيه كأن يقول تكلم فلان فيك بكذا و كذا قيل هى من نم الحديث من باب قتل و ضرب أى سعى به لإيقاع فتنة أو وحشة

و هى من الكبائر

قال الله تعالى وَ يَقْطَعُونَ ما أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَنْ يُوصَلَ وَ يُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ أُولئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَ لَهُمْ سُوءُ الدَّارِ و النمام قاطع لما أمر الله بصلته و مفسد. قيل و هو المراد بقوله تعالى وَ الْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ. و قد تقدم فى باب السحر قوله فيما رواه فى الاحتجاج من وجوه السحر: و أن من أكبر السحر النميمة بين المتحابين و عن عقاب الأعمال عن النبى ص: من مشى فى نميمة بين اثنين سلط الله عليه فى قبره نارا تحرقه و إذا خرج من قبره سلط الله عليه تنينا أسود ينهش لحمه حتى يدخل النار. و قد استفاضت الأخبار بعدم دخول النمام الجنة و يدل على حرمتها مع كراهة المقول عنه لإظهار القول عند المقول فيه جميع ما دل على حرمة الغيبة و تتفاوت عقوبتها بتفاوت ما يترتب عليها من المفاسد.

و قيل إن حد النميمة بالمعنى الأعم كشف ما يكره كشفه

سواء كرهه المنقول عنه أم المنقول إليه أم كرهه ثالث و سواء أ كان الكشف بالقول أم بغيره من الكتابة و الرمز و الإيماء و سواء أ كان المنقول من الأعمال أم من الأقوال و سواء أ كان ذلك عيبا و نقصانا على المنقول عنه أم لا بل حقيقة النميمة إفشاء السر و هتك الستر عما يكره كشفه انتهى موضع الحاجة.

[متى تباح النميمة و متى تجب]

ثم إنه قد يباح ذلك لبعض المصالح التى هى آكد من مفسدة إفشاء السر كما تقدم فى الغيبة بل قيل إنها قد تجب لإيقاع الفتنة بين المشركين لكن الكلام فى النميمة على المؤمنين

النوح بالباطل

الخامسة و العشرون النوح بالباطل

اشارة

ذكره فى المكاسب المحرمة الشيخان و سلار و الحلى و المحقق و من تأخر عنه

[وجه حرمة النوح بالباطل]

و الظاهر حرمته من حيث الباطل يعنى الكذب و إلا فهو فى نفسه ليس بمحرم و على هذا التفصيل دل غير واحد من الأخبار. و ظاهر المبسوط و ابن حمزة التحريم مطلقا كبعض الأخبار و كلاهما محمول على المقيد جمعا

الولاية

السادسة و العشرون الولاية من قبل الجائر

اشارة

و هى صيرورته واليا على قوم منصوبا من قبله محرمة

[وجه حرمة الولاية من قبل الجائر]

لأن الوالى من أعظم الأعوان و لما تقدم فى رواية تحف العقول من قوله ع: و أما وجه الحرام من الولاية فولاية الوالى الجائر و ولاية ولاته و العمل لهم و الكسب لهم بجهة الولاية معهم حرام محرم معذب فاعل ذلك على قليل من فعله أو كثير لأن كل شيء من جهة المعونة له معصية كبيرة من الكبائر و ذلك أن فى ولاية الوالى الجائر دروس الحق كله و إحياء الباطل كله و إظهار الظلم و الجور و الفساد و إبطال الكتب و قتل الأنبياء و هدم المساجد و تبديل سنة الله و شرائعه فلذلك حرم العمل معهم و معونتهم و الكسب معهم إلا بجهة الضرورة نظير الضرورة إلى الدم و الميتة إلى آخر الخبر و فى رواية زياد بن أبى سلمة: أهون ما يصنع الله

المكاسب، ج ۱، ص ۵۶

عز و جل بمن تولى لهم عملا أن يضرب عليه سرادق من نار إلى أن يفرغ الله من حساب الخلائق.

ثم إن ظاهر الروايات كون الولاية محرمة بنفسها مع قطع النظر عن ترتب معصية عليه

من ظلم الغير مع أن الولاية عن الجائر لا تنفك عن المعصية و ربما كان فى بعض الأخبار إشارة إلى كونه من جهة الحرام الخارجي- . ففى صحيحة داود بن زربى قال أخبرنى مولى لعلى بن الحسين ع قال: كنت بالكوفة فقدم أبو عبد الله ع الحيرة فأتيته فقلت له جعلت فداك لو كلمت داود بن على- أو بعض هؤلاء فأدخل فى بعض هذه الولايات فقال ما كنت لأفعل فانصرفت إلى منزلى فتفكرت

فقلت ما أحسبه منعنى إلا مخافة أن أظلم أو أجور و الله لآتينه و أعطينه الطلاق و العتاق و الأيمان المغلظة أن لا أجورن على أحد و لا أظلمن و لأعدلن قال فأتيته فقلت جعلت فداك إنى فكرت فى إبائك على و ظننت أنك إنما منعتنى و كرهت ذلك مخافة أن أظلم أو أجور و إن كل امرأة لى طالق و كل مملوك لى حر إن ظلمت أحدا أو جرت على أحد و إن لم أعدل قال كيف قلت قلت فأعدت عليه الإيمان فرفع رأسه إلى السماء فقال تناول السماء أيسر عليك من ذلك بناء على أن المشار إليه هو العدل و ترك الظلم و يحتمل أن يكون هو الترخص فى الدخول.

ثم إنه يسوغ الولاية المذكورة أمران

أحدهما القيام بمصالح العباد

اشارة

بلا خلاف على الظاهر المصرح به فى المحكى عن بعض حيث قال أن تقلد الأمر من قبل الجائر جائز إذا تمكن معه من إيصال الحق لمستحقه بالإجماع و السنة الصحيحة. و قوله تعالى اجْعَلْنِی عَلی خَزائِنِ الْأَرْضِ

و يدل عليه

قبل الإجماع أن الولاية إن كانت محرمة لذاتها جاز ارتكابها لأجل المصالح و دفع المفاسد التى هو أهم من مفسدة انسلاك الشخص فى أعوان الظلمة بحسب الظاهر و إن كانت لاستلزامها الظلم على الغير فالمفروض عدم تحققه هنا و يدل عليه النبوى الذى رواه الصدوق فى حديث المناهى قال: من تولى عرافة قوم أتى به يوم القيامة و يداه مغلولتان إلى عنقه فإن قام فيهم بأمر الله تعالى أطلقه الله و إن كان ظالما يهوى به فى نار جهنم و بئس المصير و عن عقاب الأعمال: و من تولى عرافة قوم و لم يحسن فيهم حبس على شفير جهنم بكل يوم ألف سنة و حشر و يداه مغلولتان إلى عنقه فإن قام فيهم بأمر الله أطلقه الله و إن كان ظالما هوى به فى نار جهنم سبعين خريفا و لا يخفى أن العريف سيما فى ذلك الزمان لا يكون إلا من قبل الجائر. و صحيحة زيد الشحام المحكية عن الأمالى عن أبى عبد الله ع: من تولى أمرا من أمور الناس فعدل فيهم و فتح بابه و رفع ستره و نظر فى أمور الناس كان حقا على الله أن يؤمن روعته يوم القيامة و يدخل الجنة و رواية زياد بن أبى سلمة عن أبى الحسن موسى ع: يا زياد لأن أسقط من شاهق فأتقطع قطعة قطعة أحب إلى من أن أتولى لأحد منهم عملا أو أطأ بساط رجل منهم إلا لما ذا قلت ما أدرى جعلت فداك قال إلا لتفريج كربة عن مؤمن أو فك أسره أو قضاء دينه و رواية على بن يقطين: إن لله تبارك و تعالى مع السلطان من يدفع بهم عن أوليائه قال الصدوق و فى آخر أولئك عتقاء الله من النار قال و قال الصادق ع:

كفارة عمل السلطان قضاء حوائج الإخوان و عن المقنع: سئل أبو عبد الله ع عن رجل يحب آل محمد و هو فى ديوان هؤلاء يقتل تحت رايتهم قال يحشره الله على نيته إلى غير ذلك. و ظاهرها إباحة الولاية من حيث هى مع المواساة و الإحسان بالإخوان فيكون نظير الكذب فى الإصلاح و ربما يظهر من بعضها الاستحباب و ربما يظهر من بعضها أن الدخول أولا غير جائز إلا أن الإحسان إلى الإخوان كفارة له كمرسلة الصدوق المتقدمة. و فى ذيل رواية زياد بن أبى سلمة المتقدمة: فإن وليت شيئا من أعمالهم فأحسن إلى إخوانك فواحدة بواحدة

و الأولى أن يقال إن الولاية غير المحرمة.

منها ما يكون مرجوحة

و هو من تولى لهم لنظام معاشه قاصدا الإحسان فى خلال ذلك إلى المؤمنين و دفع الضرر عنهم. ففى رواية أبى بصير: ما من جبار إلا و معه مؤمن يدفع الله به عن المؤمنين و هو أقلهم حظا فى الآخرة لصحبة الجبار

و منها ما يكون مستحبة

و هى ولاية من لم يقصد بدخوله إلا الإحسان إلى المؤمنين فعن رجال النجاشى فى ترجمة محمد بن إسماعيل بن بزيع عن أبى الحسن الرضا ع قال: إن لله بأبواب الظالمين من نور الله به البرهان و مكن له فى البلاد ليدفع بهم عن أوليائه و يصلح الله بهم أمور المسلمين إليهم ملجأ المؤمنين من الضر و إليهم يفزع ذو الحاجة من شيعتنا و بهم يؤمن الله روعة المؤمنين فى دار الظلمة أولئك المؤمنون حقا أولئك أمناء الله فى أرضه أولئك نور الله فى رعيته يوم القيامة و يزهر نورهم لأهل السماوات كما يزهر نور الكواكب الدرية لأهل الأرض أولئك من نورهم يضىء يوم القيامة خلقوا و الله للجنة و خلقت الجنة لهم فهنيئا لهم ما على أحدكم أن لو شاء لنال هذا كله قال قلت بما ذا جعلت فداك قال يكون معهم فيسرنا بإدخال السرور على المؤمنين من شيعتنا فكن منهم يا محمد

و منها ما يكون واجبة و هو ما توقف الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر الواجبان عليه

اشارة

فإن ما لا يتم الواجب إلا به واجب مع القدرة و ربما يظهر من

كلمات جماعة عدم الوجوب فى هذه الصورة أيضا

قال فى النهاية

تولى الأمر من قبل السلطان العادل جائز مرغوب فيه و ربما بلغ حد الوجوب لما فى ذلك من التمكن من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و وضع الأشياء مواقعها و أما السلطان الجور فمتى علم الإنسان أو غلب على ظنه أنه متى تولى الأمر من قبله أمكن التوصل إلى إقامة الحدود و الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر و قسمة الأخماس و الصدقات فى أربابها و صلة الإخوان و لا يكون جميع ذلك مخلا بواجب و لا فاعلا لقبيح فإنه استحب له أن يتعرض لتولى الأمر من قبله انتهى

و قال فى السرائر

و أما السلطان الجائر فلا يجوز لأحد أن يتولى شيئا من الأمور مختارا من قبله إلا أن يعلم أو يغلب على ظنه إلى آخر عبارة النهاية بعينها

و فى الشرائع

و لو أمن من ذلك أى اعتمار ما يحرم و قدر على الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر استحبت

قال فى المسالك

اشارة

بعـد أن اعترف أن مقتضـی ذلک وجوبها و لعل وجه عدم الوجوب کونه بصورة النائب عن الظالم و عموم النهی عن الدخول معهم و تسوید الاسم فی دیوانهم فإذا لم تبلغ حد المنع فلا أقل من عدم الوجوب.

و لا یخفی ما فی ظاهره من الضعف

کمـا اعترف به غیر واحـد لأـن الأـمر بـالمعروف واجب فإذا لم یبلغ ما ذکره من کونه بصورة النائب عن الظالم حـد المنع فلا مانع من الوجوب المقدمی للواجب

و یمکن توجیهه بأن نفس الولایة قبیحة محرمة

المکاسب، ج ۱، ص ۵۷
لأنها توجب إعلاء کلمـة الباطل و تقویـة شوکـة الظالم فإذا عارضـها قبیح آخر و هو ترک الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر و لیس أحـدهما أقـل قبحـا من الآـخر فللمکلف فعلهـا تحصـیلا لمصـلحة لأـمر بـالمعروف و ترکها دفعا لمفسـدة تسویـد اسـمهم فی دیوانهم المـوجب لإعلاـء کلمتهم و تقویـة شوکتهم. نعم یمکن الحکم باسـتحباب اختیـار أحـدهما لمصـلحة لم تبلغ حـد الإلـزام حتی یجعل أحـدهما أقل قبحا لیصـیر واجبا. و الحاصل أن جواز الفعل و الترک هنا لیس من باب عـدم جریان دلیل قبح الولایة و تخصـیص دلیله بغیر هـذه الصورة بـل من بـاب مزاحمـة قبحها بقبـح ترک الأمر بالمعروف فللمکلف ملاحظـة کل منهما و العمل بمقتضاه نظیر تزاحم الحقین فی غیر هذا المقام هذا ما أشار إلیه الشهید بقوله لعموم النهی إلی آخره.

و فی الکفایة

أن الوجوب فیما نحن فیه حسن لو ثبت کون وجوب الأمر بالمعروف مطلقا غیر مشروط بالقدرة فیجب علیه تحصیلها من باب المقدمة و لیس بثابت و هو ضـعیف لأن عـدم ثبوت اشتراط الوجوب بالقـدرة الحالیـة العرفیة کاف مع إطلاق أدلة الأمر بالمعروف السالم عن التقییـد بما عـدا القـدرة العقلیـة المفروضـة فی المقام. نعم ربما یتوهم انصـراف الإطلاقات الواردة إلی القدرة العرفیة غیر المحققة فی المقام لکنه تشکیک ابتدائی لا یضر بالإطلاقات

و أضعف منه ما ذکره بعض [صاحب الجواهر]

اشارة

بعـد الاـعتراض علی مـا فی المسالـک بقوله و لاـ یخفی مـا فیه قـال و یمکن تقویـة عـدم الوجوب- بتعارض ما دل علی وجوب الأمر بـالمعروف و مـا دل علی حرمـة الولایـة عن الجـائر بناء علی حرمتها فی ذاتها و النسـبة عموم من وجه فیجمع بینهما بالتخییر المقتضـی للجواز رفعا لقید المنع من الترک من أدلة الوجوب و قید المنع من الفعل من أدلة الحرمة. و أما الاسـتحباب فیستفاد من خبر محمد بن إسـماعیل و غیره الـذی هو أیضا شاهـد للجمع خصوصا بعـد الاعتضاد بفتوی المشـهور و بـذلک یرتفع إشـکال عـدم معقولیـة الجواز بالمعنی الأخص فی مقدمة الواجب ضرورة ارتفاع الوجوب للمعارضة إذ عدم المعقولیة مسلم فیما لم یعارض الوجوب انتهی.

[مناقشة ما أفاده صاحب الجواهر]

و فیه أن الحكم فی التعارض بالعموم من وجه هو التوقف و الرجوع إلی الأصول لا التخییر كما قرر فی محله و مقتضاها إباحة الولایة للأصل و وجوب الأمر بالمعروف لاستقلال العقل به كما ثبت فی بابه ثم علی تقدیر الحكم بالتخییر الذی یصار إلیه عند تعارض الوجوب و التحریم هو التخییر الظاهری و هو الأخذ بأحدهما بالتزام الفعل أو الترک لا التخییر الواقعی ثم المتعارضان بالعموم من وجه لا یمكن إلغاء ظاهر كل منهما مطلقا بل بالنسبة إلی مادة الاجتماع لوجب إبقاؤهما علی ظاهرهما فی مادتی الافتراق فیلزمک استعمال كل من الأمر و النهی فی أدلة الأمر بالمعروف و النهی عن الولایة فی الإلزام و الإباحة ثم دلیل الاستحباب أخص لا محالة من أدلة التحریم- فتخصص به فلا- ینظر بعد ذلک فی أدلة التحریم بل لا- بد بعد ذلک من ملاحظة النسبة بینه و بین أدلة وجوب الأمر بالمعروف. و من المعلوم المقرر فی غیر مقام أن دلیل استحباب الشیء الذی قد یكون مقدمة للواجب لا یعارض أدلة وجوب ذلک الواجب فلا- وجه لجعله شاهدا علی الخروج عن مقتضاها لأن دلیل الاستحباب مسوق لبیان حكم الشیء فی نفسه مع قطع النظر عن الملزمات العرضیة كصیرورته مقدمة لواجب أو مأمورا به لمن یجب إطاعته أو منذورا و شبهه

فالأحسن فی توجیه كلام من عبر بالجواز

مع التمكن من الأمر بالمعروف إرادة الجواز بالمعنی الأعم. و أما من عبر بالاستحباب فظاهره إرادة الاستحباب العینی الذی لا ینافی الوجوب الكفائی نظیر قولهم یستحب تولی القضاء لمن یثق من نفسه مع أنه واجب كفائی لأجل الأمر بالمعروف الواجب كفایة أو یقال إن مورد كلامهم ما إذا لم یكن هناک معروف متروک یجب فعلا- الأمر به أو منكر مفعول یجب النهی عنه كذلک بل یعلم بحسب العادة تحقق مورد الأمر بالمعروف و النهی عن المنكر بعد ذلک و من المعلوم أنه لا- یجب تحصیل مقدمتهما قبل تحقق موردهما خصوصا مع عدم العلم بزمان تحققه و كیف كان فلا إشكال فی وجوب تحصیل الولایة إذا كان هناک معروف متروک أو منكر مرتكب یجب فعلا الأمر بالأول و النهی عن الثانی

الثانی مما یسوغ الولایة الإكراه علیه بالتوعید علی تركها من الجائر

اشارة

بما یوجب ضررا بدنیا أو مالیا علیه أو علی من یتعلق به بحیث یعد الإضرار به إضرارا به و یكون تحمل الضرر علیه شاقا علی النفس كالأب و الولد و من جری مجراهما و هذا مما لا إشكال فی تسویغه ارتكاب الولایة المحرمة فی نفسها لعموم قوله تعالی إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقاةً فی الاستثناء عن عموم لا یَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكافِرِینَ أَوْلِیاءَ و النبوی ص: رفع عن أمتی ما أكرهوا علیه و قولهم ع: التقیة فی كل ضرورة و ما من شیء إلا و قد أحله الله لمن اضطر إلیه. إلی غیر ذلک مما لا یحصی كثرة من العمومات و ما یختص بالمقام.

و ینبغی التنبیه علی أمور

الأول [إباحة ما یلزم الولایة بالإكراه من المحرمات عدا إراقة الدم]

اشارة

أنه كما یباح بالإكراه نفس الولایة المحرمة كذلک یباح به ما یلزمها من المحرمات الأخر و ما یتفق فی خلالها مما یصدر الأمر به من السلطان الجائر ما عدا إراقة الدم إذا لم یمكن التفصی عنه و لا إشكال فی ذلک و إنما الإشكال فی أن ما یرجع إلی الإضرار بالغیر من نهب الأموال و هتک الأعراض و غیر ذلک من العظائم هل تباح كل ذلک بالإكراه و لو كان الضرر المتوعد به علی ترک المكره

علیه أقل بمراتب من الضرر المکره علیه کما إذا خاف علی عرضه من کلمة خشنة لا- تلیق به فهل یباح بذلک أعراض الناس و أموالهم و لو بلغت ما بلغت کثرة و عظمة أم لا- بد من ملاحظة الضررین و الترجیح بینهما وجهان من إطلاق أدلة الإکراه و أن الضرورات تبیح المحظورات و من أن المستفاد من أدلة الإکراه تشریعه لدفع الضرر فلا یجوز دفع الضرر بالإضرار بالغیر و لو کان ضرر الغیر أدون فضلا عن أن یکون أعظم. و إن شئت قلت إن حدیث رفع الإکراه و رفع الاضطرار مسوق للامتنان علی جنس الأمة و لا- حسن فی الامتنان علی بعضهم بترخیصه فی الإضرار بالبعض الآخر فإذا توقف دفع الضرر عن نفسه علی الإضرار بالغیر لم یجز و وجب تحمل الضرر هذا و لکن الأقوی هو الأول لعموم دلیل نفی الإکراه لجمیع المحرمات حتی الإضرار بالغیر ما لم یبلغ الدم و عموم نفی الحرج فإن إلزام الغیر تحمل الضرر و ترک ما أکره علیه حرج. و قوله ص: إنما جعلت التقیة لتحقن بها الدماء فإذا بلغ الدم فلیس تقیة حیث إنه دل علی أن حد التقیة بلوغ الدم فتشرع لما عداه.

[حکم دفع الضرر بالإضرار بالغیر]

و أما

المکاسب، ج ۱، ص ۵۸

ما ذکر من استفادة کون نفی الإکراه لدفع الضرر فهو مسلم بمعنی دفع توجه الضرر و حدوث مقتضیة لا بمعنی دفع الضرر المتوجه بعد حصول مقتضیة. بیان ذلک أنه إذا توجه الضرر إلی شخص بمعنی حصول مقتضیة فرفعه عنه بالإضرار بغیره غیر لازم بل غیر جائز فی الجملة فإذا توجه ضرر علی المکلف بإجباره علی مال و فرض أن نهب مال الغیر دافع له فلا یجوز للمجبور نهب مال غیره لرفع الجبر عن نفسه و کذلک إذا أکره علی نهب مال غیره فلا یجب تحمل الضرر بترک النهب لدفع الضرر المتوجه إلی الغیر و توهم أنه کما یسوغ النهب فی الثانی لکونه مکرها علیه فترتفع حرمته کذلک یسوغ فی الأول لکونه مضطرا إلیه أ لا- تری أنه لو توقف دفع الضرر علی محرم آخر غیر الإضرار بالغیر کالإفطار فی شهر رمضان أو ترک الصلاة أو غیرهما ساغ له ذلک المحرم. و بعبارة أخری الإضرار بالغیر من المحرمات فکما ترتفع حرمته بالإکراه کذلک ترتفع بالاضطرار لأن نسبة الرفع إلی ما أکرهوا علیه و ما اضطروا إلیه علی حد سواء مدفوع بالفرق بین المثالین فی الصغری بعد اشتراکهما فی الکبری المتقدمة و هی أن الضرر المتوجه إلی شخص لا یجب دفعه بالإضرار بغیره بأن الضرر فی الأول متوجه إلی نفس الشخص فرفعه عن نفسه بالإضرار بالغیر غیر جائز و عموم رفع ما اضطروا إلیه لا یشمل الإضرار بالغیر المضطر إلیه لأنه مسوق للامتنان علی الأمة فترخیص بعضهم فی الإضرار بالآخر لدفع الضرر عن نفسه و صرفه إلی غیره مناف للامتنان بل یشبه الترجیح بلا مرجح فعموم ما اضطروا إلیه فی حدیث الرفع مختص بغیر الإضرار بالغیر من المحرمات. و أما الثانی فالضرر فیه أولا و بالذات متوجه إلی الغیر بحسب التزام المکره بالکسر و إرادته الحتمیة و المکره بالفتح و إن کان مباشرا إلا أنه ضعیف لا ینسب إلیه توجیه الضرر إلی الغیر حتی یقال إنه أضر بالغیر لئلا تتضرر نفسه. نعم لو تحمل الضرر و لم یضر بالغیر فقد صرف الضرر عن الغیر إلی نفسه عرفا لکن الشارع لم یوجب هذا و الامتنان بهذا علی بعض الأمة لا قبح فیه کما أنه لو أراد ثالث الإضرار بالغیر لم یجب علی الغیر تحمل الضرر و صرفه عنه إلی نفسه هذا کله مع أن أدلة نفی الحرج کافیة فی الفرق بین المقامین فإنه لا- حرج فی أن لا یرخص الشارع فی دفع الضرر عن أحد بالإضرار بغیره بخلاف ما لو ألزم الشارع الإضرار علی نفسه لدفع الضرر المتوجه إلی الغیر فإنه حرج قطعا.

الثانی أن الإکراه یتحقق بالتوعد بالضرر

اشارة

على ترك المكره عليه ضررا متعلقا بنفسه أو ماله أو عرضه أو بأهله ممن يكون ضرره راجعا إلى تضرره و تألمه و أما إذا لم يترتب على ترك المكره عليه إلا الضرر على بعض المؤمنين ممن يعد أجنبيا من المكره بالفتح فالظاهر أنه لا يعد ذلك إكراها عرفا إذ لا خوف له يحمله على فعل ما أمر به و بما ذكرنا من اختصاص الإكراه بصورة خوف لحوق الضرر بالمكره نفسه أو بمن يجرى مجراه كالأب و الولد صرح فى الشرائع و السرائر و التحرير و الروضة البهية و غيرها. نعم لو خاف على بعض المؤمنين جاز له قبول الولاية المحرمة بل غيرها من المحرمات الإلهية التى أعظمها التبرى من أئمة الدين لقيام الدليل على وجوب مراعاة المؤمنين و عدم تعريضهم للضرر مثل ما فى الاحتجاج عن أمير المؤمنين ع قال: و لأن تبرأ منا ساعة بلسانك و أنت موال لنا بجنانك لتبقى على نفسك روحك التى بها قوامها و مالها الذى به قيامها و جاهها الذى به تمسكها و تصون من عرف بذلك من أوليائنا و إخواننا فإن ذلك أفضل من أن تتعرض للهلاك و تتقطع به عن عمل فى الدين و صلاح إخوانك المؤمنين و إياك ثم إياك أن تترك التقية التى أمرتک بها فإنك شائط بدمك و دماء إخوانك معرض بنعمتك و نعمتهم للزوال مذل لهم فى أيدى أعداء دين الله و قد أمرك الله بإعزازهم فإنك إن خالفت وصيتى كان ضررك على إخوانك و نفسك أشد من ضرر الناصب لنا الكافر بنا إلى آخر الحديث. لكن لا يخفى أنه لا يباح بهذا النحو من التقية الإضرار بالغير لعدم شمول أدلة الإكراه لهذا لما عرفت من عدم تحققه مع عدم لحوق ضرر بالمكره بالفتح و لا بمن يتعلق به و عدم جريان أدلة نفى الحرج إذ لا حرج على المأمور لأن المفروض تساوى من أمر بالإضرار به و من يتضرر بترك هذا الأمر من حيث النسبة إلى المأمور مثلا لو أمر الشخص بنهب مال المؤمن و لا يترتب على مخالفة المأمور به إلا نهب مال مؤمن آخر فلا حرج حينئذ فى تحريم نهب مال الأول بل تسويغه لدفع النهب عن الثانى قبيح بملاحظة ما علم من الرواية المتقدمة من الغرض فى التقية خصوصا مع كون المال المنهوب للأول أعظم بمراتب فإنه يشبه بمن فر من المطر إلى الميزاب بل اللازم فى هذا المقام عدم جواز الإضرار بمؤمن و لو لدفع الضرر الأعظم من غيره. نعم إلا لدفع ضرر النفس فى وجه مع ضمان ذلك الضرر

[المناقشة فى إطلاق تسويغ ما عدا إراقة الدم بالإكراه]

و بما ذكرنا ظهر أن إطلاق جماعة لتسويغ ما عدا الدم من المحرمات بترتب ضرر مخالفة المكره عليه على نفس المكره أو على أهله أو على الأجانب من المؤمنين لا يخلو عن بحث إلا أن يريدوا الخوف على خصوص نفس بعض المؤمنين فلا إشكال فى تسويغه لما عدا الدم من المحرمات إذ لا يعادل نفس المؤمن شىء فتأمل. قال فى القواعد و تحرم الولاية من الجائر إلا مع التمكن من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر أو مع الإكراه بالخوف على النفس أو المال أو الأهل أو على بعض المؤمنين فيجوز ائتمار ما يأمره إلا القتل انتهى. و لو أراد بالخوف على بعض المؤمنين الخوف على أنفسهم دون أموالهم و أعراضهم لم يخالف ما ذكرناه و قد شرح العبارة بذلك بعض الأساطين فقال إلا مع الإكراه بالخوف على النفس من تلف أو ضرر فى البدن أو المال المضر بالحال من تلف أو حجب أو العرض من جهة النفس أو الأهل أو الخوف فيما عدا الوسط على بعض المؤمنين فيجوز حينئذ ائتمار ما يأمره انتهى. و مراده بما عدا الوسط الخوف على نفس بعض المؤمنين و أهله

[الفرق بين الإكراه و دفع الضرر المخوف]

و كيف كان فهنا عنوانان الإكراه و دفع الضرر للخوف عن نفسه و عن غيره من المؤمنين من دون إكراه. و الأول يباح به كل محرم و الثانى إن كان متعلقا بالنفس جاز له كل محرم حتى الإضرار المالى بالغير لكن الأقوى استقرار الضمان عليه إذا تحقق سببه لعدم الإكراه المانع عن الضمان أو استقراره. و أما الإضرار بالعرض بالزنى و نحوه ففيه تأمل و لا يبعد ترجيح النفس عليه و إن كان متعلقا بالمال فلا يسوغ معه الإضرار بالغير أصلا حتى فى اليسير من المال فإذا توقف دفع السبع عن فرسه بتعريض حمار غيره للافتراس لم يجز و إن كان متعلقا بالعرض- ففى جواز الإضرار

المكاسب، ج ۱، ص ۵۹

بالمال مع الضمان أو العرض الأخف من العرض المدفوع عنه تأمل. و أما الإضرار بالنفس أو العرض الأعظم فلا يجوز بلا إشكال هذا و قـد وقع فی كلام بعض تفسير الإكراه بما يعم لحوق الضـرر. قال فی المسالك ضابط الإكراه المسوغ للولايـة الخوف على نفس أو المـال أو العرض عليه أو على بعض المؤمنين انتهى. و يمكن أن يريـد بالإـكراه مطلق المسوغ للولايـة لكن صـار هـذا التعبير منه منشـأ لتخيل غير واحد أن الإكراه المجوز لجميع المحرمات هو بهذا المعنى.

الثالث [فی اعتبار عدم القدرة على التفصی]

أنه قـد ذكر بعض مشايخنا المعاصـرين أنه يظهر من الأصـحاب أن فی اعتبار عـدم القدرة على التفصـی من المكره عليه و عدمه أقوالا ثالثها التفصـيل بين الإكراه على نفس الولايـة المحرمـة فلا تعتبر و بين غيرها من المحرمات فيعتبر فيه العجز عن التفصـی و الذی يظهر من ملاحظـة كلمـاتهم فی بـاب الإكراه عـدم الخلاف فی اعتبار العجز عن التفصـی إذا لم يكن حرجا و لم يتوقف على ضـرر كما إذا أكره على أخـذ المال من مؤمن فيظهر أنه أخـذ المال و جعله فی بيت المال مع عـدم أخـذه واقعا أو أخـذه جهرا ثم رده إليه سـرا كما كان يفعله ابن يقطين و كما إذا أمره بحبس مؤمن فيدخله فی دار واسـعة من دون قيد و يحسن ضيافته و يظهر أنه حبسه و شدد عليه و كـذا لاـ خلاـف فی أنه لاـ يعتبر العجز عن التفصـی إذا كان فيه ضـرر كثير و كأن منشأ زعم الخلاف ما ذكره فی المسالك فی شـرح عبارة الشـرائع مستظهرا منه خلاف ما اعتمد عليه. قال فی الشرائع بعد الحكم بجواز الدخول فی الولاية دفعا للضرر اليسير مع الكراهة و الكثير بـدونها إذا أكرهه الجائر على الولايـة جاز له الـدخول و العمل بما يأمره مع عـدم القدرة على التفصـی منه إلا فی دماء المحرمة فـإنه لاـ تقيـة فيهـا انتهى قال فی المسالك ما ملخصه أن المصـنف ذكر فی هـذه المسألـة شـرطين الإكراه و العجز عن التفصـی و هما متغايران و الثانی أخص و الظاهر أن مشروطهما مختلف فالأول شرط فی أصل قبول الولاية و الثانی شرط للعمل بما يأمره ثم فرع عليه أن الولايـة إن أخـذت مجردة عن الأمر بالمحرم فلا يشترط فی جوازه بالإكراه. و أما العمل بما يأمره من المحرمات فمشـروط بالإكراه خاصة و لا يشترط فيه الإلجاء بحيث لا يقدر على خلافه و قد صـرح به الأصحاب فی كتبهم فاشتراط العجز عن التفصی غير واضح إلا أن يريد به أصل الإكراه إلى أن قال إن الإكراه مسوغ لامتثال ما يؤمر به و إن قدر على المخالفة مع خوف الضرر انتهى موضع الحاجة من كلامه. أقول لاـ يخفى على المتأمـل أن المحقق رحمه الله لم يعتبر شـرطا زائـدا على الإـكراه إلاـ أن الجـائر إذا أمر الوالی بأعمال محرمـة فی ولايته كما هو الغالب و أمكن فی بعضـها المخالفـة واقعا و دعوى الامتثال ظاهرا كما مثلنا لك سابقا قيـد امتثال ما يؤمر به بصورة العجز عن التفصـی. و كيف كـان فعبـارة الشـرائع واقعـة على طبق المتعـارف من توليـة الولاة و أمرهم فی ولايتهم بأوامر كثيرة يمكنهم التفصـی عن بعضـها و ليس المراد بالتفصی المخالفة مع تحمل الضرر كما لا يخفى. و مما ذكرنا يظهر فساد ما ذكره من نسبة عدم الخلاف المتقدم إلى الأصـحاب و من أنه على القول باعتبار العجز عن التفصـی لو توقف المخالفة على بذل مال كثير لزم ثم قال و هو أحوط بل أقرب.

الرابع أن قبول الولاية مع الضرر المالی

الـذی لا يضـر بالحال رخصة لا عزيمة فيجوز تحمل الضـرر المذكور لأن الناس مسـلطون على أموالهم بل ربما يسـتحب تحمل ذلك الضرر للفرار عن تقوية شوكتهم.

الخامس لا يباح بالإكراه قتل المؤمن

اشارة

و لو توعد على تركه بالقتل إجماعا على الظاهر المصرح به فى بعض الكتب و إن كان مقتضى عموم نفى الإكراه و الحرج الجواز إلا أنه قد صح عن الصادقين ص أنه: إنما شرعت التقية ليحقن بها الدم فإذا بلغت الدم فلا تقية. و مقتضى العموم أنه لا فرق بين أفراد المؤمنين من حيث الصغر و الكبر و الذكورة و الأنوثة و العلم و الجهل و الحر و العبد و غير ذلك

و لو كان المؤمن مستحقا للقتل لحد

ففى العموم وجهان من إطلاق قولهم لا تقية فى الدماء و من أن المستفاد من قوله ليحقن بها الدم فإذا بلغ الدم فلا تقية أن المراد الدم المحقون دون المأمور بإهراقه و ظاهر المشهور الأول.

و أما المستحق للقتل قصاصا

فهو محقون الدم بالنسبة إلى غير ولى الدم

و مما ذكرنا يظهر سكوت الروايتين عن حكم دماء أهل الخلاف

لأن التقية إنما شرعت لحقن دماء الشيعة فحدها بلوغ دمهم لآدم غيرهم و بعبارة أخرى محصل الرواية لزوم نقض الغرض من تشريع التقية فى إهراق الدماء لأنها شرعت لحقنها فلا يشرع لأجلها إهراقها و من المعلوم أنه إذا أكره المؤمن على قتل مخالف فلا يلزم من شرعية التقية فى قتله إهراق ما شرع التقية لحقنه هذا كله فى غير الناصب و أما الناصب لأنه غير محقون الدم و إنما منع منه حدوث الفتنة فلا إشكال فى مشروعية قتله للتقية و مما ذكرنا يظهر حكم دم الذمى و شرعية التقية فى إهراقه. و بالجملة فكل دم غير محترم بالذات عند الشارع خارج عن مورد الروايتين فحكم إهراقه حكم سائر المحرمات التى شرعت التقية فيها.

بقى الكلام فى أن الدم يشمل الجرح و قطع الأعضاء أو يختص بالقتل

وجهان من إطلاق الدم و هو المحكى عن الشيخ و من عمومات التقية و نفى الحرج و الإكراه و ظهور الدم المتصف بالحقن فى الدم المبقى للروح و هو المحكى عن الروضة البهية و المصابيح و الرياض و لا يخلو عن قوة

خاتمة فيما ينبغى للوالى العمل به فى نفسه و فى رعيته

[رسالة النجاشى إلى الإمام الصادق عليه السلام]

روى شيخنا الشهيد الثانى رحمه الله فى رسالته المسماة بكشف الريبة عن أحكام الغيبة بإسناده عن شيخ الطائفة عن المفيد عن جعفر بن محمد بن قولويه عن أبيه عن سعد بن عبد الله عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أبيه محمد بن عيسى الأشعرى عن عبد الله بن سليمان النوفلى قال: كنت عند أبى عبد الله ع فإذا بمولى لعبد الله النجاشى- و قد ورد عليه فسلم و أوصل إليه كتابا ففضه و قرأه فإذا أول سطر فيه بسم الله الرحمن الرحيم أطال الله بقاء سيدى و جعلنى من كل سوء فداه و لا أرانى فيه مكروها فإنه ولى ذلك و القادر عليه اعلم سيدى و مولاى إنى بليت بولاية الأهواز فإن رأى سيدى و مولاى أن يحد لى حدا و يمثل لى مثالا استدل به على ما يقربنى إلى الله عز و جل و إلى رسوله و يلخص لى فى كتابه ما يرى لى العمل به و فيما أبذله و أين أضع زكاتى و فيمن أصرفها و بمن آنس و إلى من أستريح و بمن أثق و آمن و ألجأ إليه فى سرى فعسى أن يخلصنى الله تعالى بهدايتك و ولايتك

المكاسب، ج۱، ص ۶۰

فإنک حجة الله على خلقه و أمینه فی بلاده لا زالت نعمته علیک

[جواب الإمام الصادق علیه السلام عن رسالة النجاشی]

اشارة

قال عبد الله بن سلیمان فأجابه أبو عبد الله ع بسم الله الرحمن الرحیم أحاطک الله بصنعه و لطف بک بمنه و کلأک برعایته فإنه ولی ذلک أما بعد فقد جاءنی رسولک بکتابک فقرأته و فهمت جمیع ما ذکرته و سألت عنه و ذکرت أنک بلیت بولایة الأهواز فسرنی ذلک و ساءنی و سأخبرک بما ساءنی من ذلک و ما سرنی إن شاء الله تعالى

[علة سرور الإمام علیه السلام بولایة النجاشی]

فأما سروری بولایتک فقلت عسى أن یغیث الله بک ملهوفا خائفا من أولیاء آل محمد ص و یعز بک ذلیلهم و یکسو بک عاریهم و یقوی بک ضعیفهم و یطفئ بک نار المخالفین عنهم

[علة استیاء الإمام علیه السلام بولایة النجاشی]

و أما الذی ساءنی من ذلک فإن أدنى ما أخاف علیک أن تعثر بولی لنا فلا تشم رائحة حظیرة القدس فإنی ملخص لک جمیع ما سألت عنه إن أنت عملت به و لم تجاوزه رجوت أن تسلم إن شاء الله تعالى أخبرنی یا عبد الله أبی عن آبائه عن علی ع عن رسول الله ص أنه قال من استشاره أخوه المؤمن فلم یمحضه النصیحة سلب الله لبه عنه

[ما رسمه الإمام علیه السلام للنجاشی للنجاة من تبعات الولایة]

و أعلم أنی سأشیر علیک برأی إن أنت عملت به تخلصت مما أنت تخافه و اعلم أن خلاصک و نجاتک فی حقن الدماء و کف الأذى عن أولیاء الله و الرفق بالرعیة و التأنی و حسن المعاشرة مع لین فی غیر ضعف و شدة فی غیر عنف و مداراة صاحبک و من یرد علیک من رسله و أرفق برعیتک بأن توقفهم على ما وافق الحق و العدل إن شاء الله تعالى و إیاک و السعاة و أهل النمائم فلا یلزقن بک منهم أحد و لا یراک الله یوما و لیلة و أنت تقبل منهم صرفا و لا عدلا فیسخط الله علیک و یهتک سترک و احذر مکر خوزی الأهواز فإن أبی أخبرنی عن آبائه عن أمیر المؤمنین ع قال إن الإیمان لا یثبت فی قلب یهودی و لا خوزی أبدا و أما من تأنس به و تستریح إلیه و تلجیء أمورک إلیه فذلک الرجل الممتحن المستبصر الأمین الموافق لک على دینک و میز أعوانک و جرب الفریقین فإن رأیت هناک رشدا فشأنک و إیاه

[ما ینبغی للوالی الحذر منه]

و إیاک أن تعطی درهما أو تخلع ثوبا أو تحمل على دابة فی غیر ذات الله لشاعر أو مضحک أو ممزح إلا أعطیت مثله فی ذات الله و لتکن جوائزک و عطایاک و خلعک للقواد و الرسل و الأجناد و أصحاب الرسائل و أصحاب الشرط و الأخماس و ما أردت أن تصرفه فی وجوه البر و النجاح و الفطرة و الصدقة و الحج و الشرب و الکسوة التی تصلی فیها و تصل بها و الهدیة التی تهدیها إلى الله عز و جل و إلى رسول الله ص من أطیب کسبک یا عبد الله اجهد أن لا تکنز ذهبا و لا فضة فتکون من أهل هذه الآیة وَ الَّذِینَ یَکْنِزُونَ الذَّهَبَ وَ الْفِضَّةَ وَ لا یُنْفِقُونَها فِی سَبِیلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُمْ بِعَذابٍ أَلِیمٍ و لا تستصغرن من حلو و لا من فضل طعام تصرفه فی بطون خالیة

تسكن بها غضب الرب تبارك و تعالى و أعلم أنى سمعت أبى يحدث عن آبائه عن أمير المؤمنين ع أنه سمع عن النبى ص يقول لأصحابه يوما ما آمن بالله و اليوم الآخر من بات شبعانا و جاره جائع فقلنا هلكنا يا رسول الله فقال من فضل طعامكم و من فضل تمركم و رزقكم و خلقكم و خرقكم تطفئون بها غضب الرب

و سأنبئك بهوان الدنيا و هوان شرفها على من مضى من السلف

و التابعين فقد حدثنى أبى محمد بن على بن الحسين ع قال لما تجهز الحسين ع إلى الكوفة أتاه ابن عباس فناشده الله و الرحم أن يكون هو المقتول بالطف فقال أنا أعلم بمصرعى منك و ما وكدى من الدنيا إلا فراقها أ لا أخبرك يا بن عباس بحديث أمير المؤمنين ع و الدنيا فقال له بلى لعمرى إنى أحب أن تحدثنى بأمرها

[تجسم الدنيا لعلى عليه السلام و رفضه لها]

فقال أبى قال على بن الحسين سمعت أبا عبد الله يقول حدثنى أمير المؤمنين ع قال إنى [كنت] بفدك فى بعض حيطانها و قد صارت لفاطمة ع فإذا أنا بامرأة قد قحمت على و فى يدى مسحاة و أنا أعمل بها فلما نظرت إليها طار قلبى مما يداخلنى من جمالها فشبهتها ببثينة الجمحى بنت عامر و كانت من أجمل نساء قريش فقالت يا بن أبى طالب هل لك أن تتزوج بى فأغنيك عن هذه المسحاة و أدلك على خزائن الأرض فيكون لك الملك ما بقيت و لعقبك من بعدك فقال لها على ع من أنت حتى أخطبك من أهلك فقالت أنا الدنيا قال لها فارجعى و اطلبى زوجا غيرى فأقبلت على مسحاتى و أنشأت أقول

لقد خاب من غرته دنيا دنية و ما هى إن غرت قرونا بطائل

أتتنا على زى العزيز بثينة و زينتها فى مثل تلك الشمائل

فقلت لها غرى سواى فإننى عزوف عن الدنيا و لست بجاهل

و ما أنا و الدنيا فإن محمدا أحل صريعا بين تلك الجنادل

و هيها أتتنى بالكنوز و درها و أموال قارون و ملك القبائل

أ ليس جميعا للفناء مصيرها و يطلب من خزانها بالطوائل

فغرى سواى إننى غير راغب بما فيك من ملك و عز و نائل

فقد قنعت نفسى بما قد رزقته فشأنك يا دنيا و أهل الغوائل

فإنى أخاف الله يوم لقائه و أخشى عذابا دائما غير زائل فخرج من الدنيا و ليس فى عنقه تبعة لأحد حتى لقى الله تعالى محمودا غير ملوم و لا مذموم ثم اقتدت به الأئمة من بعده بما قد بلغكم لم يتلطخوا بشىء من بوائقها

[ما يكفر عن الوالى]

و قد وجهت إليك بمكارم الدنيا و الآخرة: و عن الصادق المصدق رسول الله ص فإن أنت عملت بما نصحت لك فى كتابى هذا ثم كانت عليك من الذنوب و الخطايا كمثل أوزان الجبال و أمواج البحار رجوت الله أن يتجاوز عنك جل و عز بقدرته

[جملة من حقوق المؤمن على المؤمن]

يا عبد الله إياك أن تخيف مؤمنا فإن أبى محمد بن على ع حدثنى عن أبيه عن جده عن على بن أبى طالب ع أنه كان يقول من نظر إلى مؤمن نظره ليخيفه بها أخافه الله يوم لا ظل إلا ظله و حشره فى صورة الذر لحمه و جسده و جميع أعضائه حتى يورده مورده و

حدثنی أبی عن آبائه عن علی ع عن النبی ص قال من أغاث لهفانا من المؤمنین أغاثه الله یوم لا ظل إلا ظله و آمنه الفزع الأکبر و آمنه من سوء المنقلب و من قضی لأخیه المؤمن حاجهٔ قضی الله له حوائج کثیرهٔ إحداها الجنهٔ و من کسا أخاه المؤمن جبهٔ عن عری کساه الله من سندس الجنهٔ و إستبرقها و حریرها و لم یزل یخوض فی رضوان الله ما دام علی المکسو منها سلک و من أطعم أخاه من جوع أطعمه الله من طیبات الجنهٔ و من سقاه من ظمإ سقاه الله من الرحیق المختوم و من أخدم أخاه أخدمه الله من الولدان المخلدین و أسکنه مع أولیائه الطاهرین و من حمل أخاه المؤمن علی راحلهٔ حمله الله علی ناقهٔ من نوق الجنهٔ و باهی به الملائکهٔ المقربین یوم القیامهٔ و من زوج أخاه المؤمن امرأهٔ یأنس بها و تشد عضده و یستریح إلیها زوجه الله من الحور العین و آنسه بمن أحبه من الصدیقین من أهل بیت نبیه ع و إخوانه

المکاسب، ج۱، ص ۶۱

و آنسهم به و من أعان أخاه المؤمن علی سلطان جائر أعانه الله علی إجازهٔ الصراط عند زلهٔ الأقدام و من زار أخاه المؤمن فی منزله لا لحاجهٔ منه إلیه کتب من زوار الله و کان حقیقا علی الله أن یکرم زائره یا عبد الله و حدثنی أبی عن آبائه عن علی ع أنه سمع رسول الله ص یقول لأصحابه یوما معاشر الناس إنه لیس بمؤمن من آمن بلسانه و لم یؤمن بقلبه فلا تتبعوا عثرات المؤمنین فإنه من تتبع عثرهٔ مؤمن أتبع الله عثراته یوم القیامهٔ و فضحه فی جوف بیته و حدثنی أبی عن آبائه عن علی ع أنه قال أخذ الله میثاق المؤمن أن لا یصدق فی مقالته و لا ینتصف من عدوه علی أن لا یشفی غیظه إلا بفضیحهٔ نفسه لأن کل مؤمن ملجم و ذلک لغایهٔ قصیرهٔ و راحهٔ طویلهٔ و أخذ الله میثاق المؤمن علی أشیاء أیسرها علیه مؤمن مثله یقول بمقالته یعیبه و یحسده و الشیطان یغویه و یمقته و السلطان یقفو أثره و یتبع عثراته و کافر بالذی هو مؤمن به یری سفک دمه دینا و إباحهٔ حریمه غنما فما بقاء المؤمن بعد هذا یا عبد الله و حدثنی أبی عن آبائه ع عن علی عن النبی ص قال نزل جبرئیل ع فقال یا محمد إن الله یقرئک السلام و یقول اشتققت للمؤمن اسما من أسمائی سمیته مؤمنا فالمؤمن منی و أنا منه من استهان بمؤمن فقد استقبلنی بالمحاربهٔ یا عبد الله و حدثنی أبی عن آبائه عن علی عن النبی صلی الله علیهم أجمعین أنه قال یوما یا علی لا تناظر رجلا حتی تنظر فی سریرته فإن کانت سریرته حسنهٔ فإن الله عز و جل لم یکن لیخذل ولیه و إن کانت سریرته ردیهٔ فقد تکفیه مساویهٔ فلو جهدت أن تعمل به أکثر مما عمل به عن معاصی الله عز و جل ما قدرت علیه یا عبد الله و حدثنی أبی عن آبائه عن علی ع عن النبی ص قال إنه قال أدنی الکفر أن یسمع الرجل عن أخیه الکلمهٔ فیحفظها علیه یرید أن یفضحه بها أولئک لا خلاق لهم یا عبد الله و حدثنی أبی عن آبائه عن علی ع أنه قال من قال فی مؤمن ما رأت عیناه و سمعت أذناه ما یشینه و یهدم مروته فهو من الذین قال الله عز و جل إِنَّ الَّذِینَ یُحِبُّونَ أَنْ تَشِیعَ الْفاحِشَةُ فِی الَّذِینَ آمَنُوا لَهُمْ عَذابٌ أَلِیمٌ یا عبد الله و حدثنی أبی عن آبائه عن علی ع أنه قال من روی عن أخیه المؤمن روایهٔ یرید بها هدم مروته و ثلبه أوبقه الله بخطیئته یوم القیامهٔ حتی یأتی بمخرج مما قال و من أدخل علی أخیه المؤمن سرورا فقد أدخل علی أهل بیت نبیه ص سرورا و من أدخل علی بیت نبیه سرورا فقد أدخل علی رسول الله ص سرورا و من أدخل علی رسول الله ص سرورا فقد سر الله و من سر الله فحقیق علی الله أن یدخله جنته ثم إنی أوصیک بتقوی الله و إیثار طاعته و الاعتصام بحبله فإنه من اعتصم بحبل الله فقد هدی إلی صراط مستقیم فاتق الله و لا تؤثر أحدا علی رضاه و هواه فإنه وصیهٔ الله عز و جل إلی خلقه لا یقبل منهم غیرها و لا یعظم سواها و اعلم أن الخلق لم یوکلوا بشیء أعظم من تقوی الله فإنه وصیتنا أهل البیت فإن استطعت أن لا تنال من الدنیا شیئا تسأل عنه غدا فافعل

[ما قاله النجاشی عند وصول کتاب الإمام إلیه]

قال عبد الله بن سلیمان فلما وصل کتاب الصادق ع إلی النجاشی نظر فیه فقال صدق و الله الذی لا إله إلا هو مولای فما عمل أحد بما فی هذا الکتاب إلا نجا قال فلم یزل عبد الله یعمل به أیام حیاته

هجاء المؤمن

السابعة و العشرون هجاء المؤمن حرام بالأدلة الأربعة

اشارة

لأنه همز و لمز و أكل اللحم و تعيير و إذاعة سر و كل ذلك كبيرة موبقة

[تفسير الهجاء]

و يدل عليه فحوى ما تقدم فى الغيبة بل البهتان أيضا بناء على تفسير الهجاء بخلاف المدح كما عن الصحاح فيعم ما فيه من المعايب و ما ليس فيه كما عن القاموس و النهاية و المصباح لكن مع تخصيصه فيها بالشعر. و أما تخصيصه بذكر ما فيه بالشعر كما هو ظاهر جامع المقاصد فلا يخلو عن تأمل و لا فرق فى المؤمن بين الفاسق و غيره. و أما الخبر: محصوا ذنوبكم بذكر الفاسقين فالمراد به الخارجون عن الإيمان أو المتجاهرون بالفسق

[هجاء المخالف و الفاسق المبدع]

و احترز بالمؤمن عن المخالف فإنه يجوز هجوه لعدم احترامه و كذا يجوز هجاء الفاسق المبدع لئلا يؤخذ ببدعة لكن بشرط الاقتصار على المعايب الموجودة فيه فلا يجوز بهته بما ليس فيه لعموم حرمة الكذب و ما تقدم من الخبر فى الغيبة- من قوله ع فى حق المبتدعة: باهتوهم كيلا يطمعوا فى إضلالكم محمول على اتهامهم و سوء الظن بهم بما يحرم اتهام المؤمن به بأن يقال لعله زان أو سارق و كذا إذا زاد ذكر ما ليس فيه من باب المبالغة- و يحتمل إبقاؤه على ظاهره بتجويز الكذب عليهم لأجل المصلحة فإن مصلحة تنفير الخلق عنهم أقوى من مفسدة الكذب.

و فى رواية أبى حمزة عن أبى جعفر ع قال: قلت له إن بعض أصحابنا يفترون و يقذفون من خالفهم فقال الكف عنهم أجمل ثم قال لى و الله يا أبا حمزة إن الناس كلهم أولاد بغايا ما خلا شيعتنا ثم قال نحن أصحاب الخمس و قد حرمناه على جميع الناس ما خلا شيعتنا و فى صدرها دلالة على جواز الافتراء و هو القذف على كراهة ثم أشار ع إلى أولوية قصد الصدق بإرادة الزنى من حيث استحلال حقوق الأئمة

الهجر

الثامنة و العشرون الهجر بالضم و هو الفحش من القول و ما استقبح

التصريح به منه

ففى صحيحة أبى عبيدة: البذاء من الجفاء و الجفاء فى النار و فى النبوى: إن الله حرم الجنة على كل فحاش بذى قليل الحياء لا يبالى بما قال و لا ما قيل فيه و فى رواية سماعة: إياك أن تكون فحاشا و فى النبوى: إن من شر عباد الله من يكره مجالسته لفحشه و فى رواية: من علامات شرك الشيطان الذى لا شك فيه أن يكون فحاشا لا يبالى بما قال و لا ما قيل فيه إلى غير ذلك من الأخبار. هذا آخر ما تيسر تحريره من المكاسب المحرمة

الأجرة على الواجبات

[النوع] الخامس مما يحرم التكسب به ما يجب على الإنسان فعله

[أخذ الأجرة على الواجب]

اشارة

عينا أو كفاية تعبدا أو توصلا على المشهور كما فى المسالك بل عن مجمع البرهان كان دليله الإجماع و الظاهر أن نسبته إلى الشهرة فى المسالك فى مقابل قول السيد المخالف فى وجوب تجهيز الميت على غير الولى لا فى حرمة أخذ الأجرة على تقدير الوجوب عليه. و فى جامع المقاصد الإجماع على عدم جواز أخذ الأجرة على تعليم صيغة النكاح أو إلقائها على المتعاقدين انتهى. و كأن لمثل هذا و نحوه ذكر فى الرياض أن على هذا الحكم الإجماع فى كلام جماعة و هو الحجة انتهى.

[تحديد موضوع المسألة]

و اعلم أن موضوع هذه المسألة ما إذا كان للواجب على العامل منفعة تعود إلى من يبذل بإزائه المال كما لو كان كفائيا و أراد سقوطه منه فاستأجر غيره أو كان عينيا على العامل و رجع نفعه منه إلى باذل المال كالقضاء للمدعى إذا وجب عينا. و بعبارة أخرى مورد الكلام ما لو فرض مستحبا لجاز الاستيجار عليه لا أن الكلام فى كون مجرد

المكاسب، ج ۱، ص ۶۲

الوجوب على الشخص مانعا عن أخذ الأجرة عليه فمثل فعل الشخص صلاة الظهر عن نفسه لا يجوز أخذ الأجرة عليه لا لوجوبها بل لعدم وصول عوض المال إلى باذله فإن النافلة أيضا كذلك

و من هنا يعلم فساد الاستدلال على هذا المطلب بمنافاة ذلك للإخلاص فى العمل

لانتقاضه طردا و عكسا بالمندوب و الواجب التوصلى. و قد يرد ذلك بأن تضاعف الوجوب بسبب الإجارة يؤكد الإخلاص و فيه مضافا إلى اقتضاء ذلك الفرق بين الإجارة و الجعالة حيث إن الجعالة لا توجب العمل على العامل أنه إن أريد أن تضاعف الوجوب يؤكد اشتراط الإخلاص فلا ريب أن الوجوب الحاصل بالإجارة توصلى لا يشترط فى حصول ما وجب به قصد القربة مع أن غرض المستدل منافاة قصد أخذ المال لتحقق الإخلاص فى العمل لا لاعتباره فى وجوبه. و إن أريد أنه يؤكد تحقق الإخلاص من العامل فهو مخالف للواقع قطعا لأن ما لا يترتب عليه أجر دنيوى أخلص مما يترتب عليه ذلك بحكم الوجدان هذا مع أن الوجوب الناشئ من الإجارة إنما يتعلق بالوفاء بعقد الإجارة. و مقتضى الإخلاص المعتبر فى ترتب الثواب على موافقة هذا الأمر و لو لم يعتبر فى سقوطه هو إتيان الفعل من حيث استحقاق المستأجر له بإزاء ماله فهذا المعنى ينافى وجوب إتيان العبادة لأجل استحقاقه تعالى إياه و لذا لو لم يكن هذا العقد واجب الوفاء كما فى الجعالة لم يمكن قصد الإخلاص مع قصد استحقاق العوض فلا إخلاص هنا حتى يؤكده وجوب الوفاء بعد إيجاب بالإجارة فالمانع حقيقة هو عدم القدرة على إيجاد الفعل الصحيح بإزاء العوض سواء أ كانت المعاوضة لازمة أم جائزة

و أما تأتى القربة فى العبادات المستأجرة

- فلأن الإجارة إنما تقع على الفعل المأتى به تقربا إلى الله نيابة عن فلان. توضيحه أن الشخص يجعل نفسه نائبا عن فلان فى العمل متقربا إلى الله فالمنوب عنه يتقرب إليه تعالى بعمل نائبه و تقربه و هذا الجعل فى نفسه مستحب لأنه إحسان إلى المنوب عنه و إيصال

نفع إليه و قد يستأجر الشخص عليه فيصير واجبا بالإجارة وجوبا توصليا لا يعتبر فيه التقرب فالأجير إنما يجعل نفسه لأجل استحقاق الأجرة نائبا عن الغير فی إتيان العمل الفلانی تقربا إلی الله فالأجرة فی مقابل النيابة فی العمل المتقرب به إلی الله التی مرجع نفعها إلی المنوب عنه و هذا بخلاف ما نحن فيه لأن الأجرة هنا فی مقابل العمل تقربا إلی الله لأن العمل بهذا الوجه لا يرجع نفعه إلی العامل لأن المفروض أنه يمتثل ما وجب علی نفسه بل فی مقابل نفس العمل فهو يستحق نفس العمل و المفروض أن الإخلاص هو إتيان العمل لخصوص أمر الله تعالی و التقرب يقع للعامل دون الباذل و وقوعه للعامل يتوقف علی أن لا يقصد بالعبادة سوی امتثال أمر الله تعالی. فإن قلت يمكن للأجير أن يأتی بالفعل مخلصا لله تعالی بحيث لا يكون للإجارة دخل فی إتيانه فيستحق الأجرة فالإجارة غير مانعة من قصد الإخلاص. قلت الكلام فی أن مورد الإجارة لا بد أن يكون عملا قابلا لأن يوفی به بعقد الإجارة و يؤتی به لأجل استحقاق المستأجر إياه و من باب تسليم مال الغير إليه و ما كان من قبيل العبادة غير قابل لذلک. فإن قلت يمكن أن تكون غاية الفعل التقرب و المقصود من إتيان هذا الفعل المتقرب به استحقاق الأجرة كما يؤتی بالفعل تقربا إلی الله و يقصد منه حصول المطالب الدنيوية كأداء الدين و سعة الرزق و غيرهما من الحاجات الدنيوية. قلت فرق بين الغرض الدنيوی المطلوب من الخالق الذی يتقرب إليه بالعمل و بين الغرض الحاصل من غيره و هو استحقاق الأجرة فإن طلب الحاجة من الله تعالی سبحانه و لو كانت دنيوية محبوب عند الله فلا يقدح فی العبادة بل ربما يؤكدها. و كيف كان فذلک الاستدلال حسن فی بعض موارد المسألة و هو الواجب التعبدی فی الجملة إلا أن مقتضاه جواز أخذ الأجرة فی التوصليات و عدم جوازه فی المندوبات التعبدية فليس مطردا و لا منعكسا.

[استدلال بعض الأساطين علی الحرمة و توضيحه]

اشارة

نعم قد استدل علی المطلب بعض الأساطين فی شرحه علی القواعد بوجوه أقواها أن التنافی بين صفة الوجوب و التملک ذاتی لأن الملوک المستحق لا يملک و لا يستحق ثانيا. توضيحه أن الذی يقابل المال لا بد أن يكون كنفس المال مما يملكه المؤجر حتی يملكه المستأجر فی مقابل تمليكه المال إياه فإذا فرض العمل واجبا لله ليس للمكلف تركه فيصير نظير العمل المملوک للغير. أ لا تری أنه إذا آجر نفسه لدفن الميت لشخص لم يجز له أن يؤجر نفسه ثانيا من شخص آخر لذلک العمل و ليس إلا لأن الفعل صار مستحقا للأول و مملوكا له فلا معنی لتمليكه ثانيا للآخر مع فرض بقائه علی ملک الأول و هذا المعنی موجود فيما أوجبه الله تعالی خصوصا فيما يرجع إلی حقوق الغير حيث إن حاصل الإيجاب هنا جعل الغير مستحقا لذلک العمل من هذا العامل كأحكام تجهيز الميت التی جعل الشارع الميت مستحقا لها علی الحی فلا يستحقها غيره ثانيا هذا.

[المناقشة فی الاستدلال]

و لكن الإنصاف أن هذا الوجه أيضا لا يخلو عن الخدشة لإمكان منع المنافاة بين الوجوب الذی هو طلب الشارع الفعل و بين استحقاق المستأجر له و ليس استحقاق الشارع للفعل و تملكه المنتزع من طلبه من قبيل استحقاق الآدمی و تملكه الذی ينافی تملک الغير و استحقاقه

[الاستدلال علی الحرمة فی الواجب الكفائی و مناقشته]

ثم إن هذا الدليل باعتراف المستدل يختص بالواجب العينی. و أما الكفائی فاستدل علی عدم جواز أخذ الأجرة عليه بأن الفعل متعين له فلا يدخل فی ملک آخر و بعدم نفع المستأجر فيما يملكه أو يستحقه غيره لأنه بمنزلة قولک استأجرتک لتملک منفعتک المملوكة لک أو لغيرک و فيه منع وقوع الفعل له بعد إجارة نفسه للعمل للغير فإن آثار الفعل حينئذ ترجع إلی الغير فإذا وجب إنقاذ غريق

كفايـة أو إزالة النجاسة عن المسـجد فاسـتأجر واحدا غيره فثواب الإنقاذ و الإزالة يقع للمسـتأجر دون الأجير المباشـر لهما. نعم يسـقط الفعل عنه لقيام المستأجر به و لو بالاستنابة و من هذا القبيل الاستيجار للجهاد مع وجوبه كفاية على الأجير و المستأجر.

[عدم وجدان الدليل على الحرمة غير الإجماع]

و بالجملـة فلم أجـد دليلا على هـذا المطلب وافيا بجميع أفراده عدا الإجماع الذى لم يصـرح به إلا المحقق الثانى لكنه موهون بوجود القول بخلافه من أعيان الأصحاب من القدماء و المتأخرين على ما يشهد به الحكاية و الوجدان.

[وهن الإجماع بنقل الخلاف عن الفقهاء]

إما الحكاية فقد نقل المحقق و العلامة رحمهما الله و غيرهما القول بجواز أخذ الأجرة على القضاء عن بعض. فقد قال فى الشرائع أما المكاسب، ج ۱، ص ۶۳

لو أخذ الجعل من المتحاكمين ففيه خلاف و كذلك العلامة فى المختلف. و قد حكى العلامة الطباطبائى فى مصابيحه عن فخر الدين و جماعة التفصيل بين العبادات و غيرها.

و يكفى فى ذلك ملاحظة الأقوال التى ذكرها فى المسالك فى باب المتاجر و أما ما وجدناه فهو أن ظاهر المقنعة بل النهاية و محكى المرتضـى جواز الأـجر على القضـاء مطلقا و إن أول بعض كلامهم بإرادة الارتزاق. و قـد اختار جماعـة جواز أخـذ الأجرة عليه إذا لم يكن متعينا أو تعين و كان القاضـى محتاجا. و قـد صـرح فخر الـدين فى الإيضاح بالتفصـيل بين الكفائية التوصـلية و غيرها فجوز أخذ الأجرة فى الأول قال فى شـرح عبارة والـده فى القواعد فى الاستيجار على تعليم الفقه ما لفظه الحق عندى أن كل واجب على شـخص معين لا يجوز للمكلف أخذ الأجرة عليه و الذى وجب كفاية فإن كان مما لو أوقعه بغير نية لم يصح و لم يزل الوجوب فلا يجوز أخذ الأجرة عليه لأنه عبادة محضـة قال الله تعالى وَ ما أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حصـر غرض الأمر فى انحصار غاية الفعل فى الإخلاص و ما يفعل بالعوض لا يكون كـذلك و غير ذلك يجوز أخذ الأجرة عليه إلا ما نص الشارع على تحريمه كالدفن انتهى. نعم رده فى محكى جامع المقاصـد لمخالفـة هـذا التفصـيل لنص الأصـحاب. أقول لا يخفى أن الفخر أعرف بنص الأصـحاب من المحقق الثانى فهذا والده قد صـرح فى المختلف بجواز أخذ الأجرة على القضاء إذا لم يتعين و قبله المحقق فى الشرائع غير أنه قيد صورة عدم التعيين بالحاجـة و لأجل ذلك اختار العلامة الطباطبائى فى مصابيحه ما اختاره فخر الدين من التفصـيل و مع هذا فمن أين الوثوق على إجماع لم يصرح به إلا المحقق الثانى مع ما طعن به الشهيد الثانى على إجماعاته بالخصوص فى رسالته فى صلاة الجمعة

[مقتضى القاعدة فى المقام]

و الـذى ينساق إليه النظر- أن مقتضـى القاعـدة فى كل عمل له منفعة محللة مقصودة جواز أخذ الأجرة و الجعل عليه و إن كان داخلا فى العنوان الـذى أوجبه الله على المكلف ثم إن صـلح ذلك الفعل المقابل بالأجرة لامتثال الإيجاب المـذكور أو إسـقاطه به أو عنـده سقـط الوجوب مع اسـتحقاق الأـجرة و إن لم يصـلح اسـتحق الأجرة و بقى الواجب فى ذمته لو بقى وقته و إلا عوقب على تركه. و أما مانعية مجرد الوجوب من صحة المعاوضة على الفعل فلم تثبت على الإطلاق

[اللازم التفصيل بين العينى التعيينى فلا يجوز و بين غيره فيجوز]

بـل اللازم التفصـيل فإن كان العمل واجبا عينيا تعيينيا لم يجز أخـذ الأجرة لأن أخـذ الأجرة عليه مع كونه واجبا مقهورا من قبل الشارع على فعله أكـل للمال بالباطل لأن عمله هـذا لا يكون محترما لأن استيفاءه منه لا يتوقف على طيب نفسه لأنه يقهر عليها مع عـدم طيب

النفس و الامتناع. و مما يشهد بما ذكرناه أنه لو فرض أن المولى أمر بعض عبيده بفعل لغرض و كان مما يرجع نفعه أو بعض نفعه إلى غيره فأخذ العبد العوض من ذلك الغير على ذلك العمل عد أكلا للمال مجانا و بلا عوض ثم إنه لا ينافي ما ذكرناه حكم الشارع بجواز أخذ الأجرة على العمل بعد إيقاعه كما أجاز للوصي أخذ أجرة المثل أو مقدار الكفاية لأن هذا حكم شرعي لا من باب المعاوضة

ثم لا فرق فيما ذكرناه بين التعبدي من الواجب و التوصلي

مضافا في التعبدي إلى ما تقدم من منافاة أخذ الأجرة على العمل للإخلاص كما نبهنا عليه سابقا و تقدم عن الفخر و قرره عليه بعض من تأخر عنه.

[حرمة أخذ الأجرة على المندوب التعبدي]

و منه يظهر عدم جواز أخذ الأجرة على المندوب إذا كان عبادة يعتبر فيها التقرب.

[جواز أخذ الأجرة على الواجب التوصلي التخييري]

و أما الواجب التخييري فإن كان توصليا فلا أجد مانعا عن جواز أخذ الأجرة على أحد فرديه بالخصوص بعد فرض كونه مشتملا على نفع محلل للمستأجر و المفروض أنه محترم لا- يقهر المكلف عليه فجاز أخذ الأجرة بإزائه فإذا تعين دفن الميت على شخص و تردد الأمر بين حفر أحد موضعين فاختار الولي أحدهما بالخصوص لصلابته أو لغرض آخر فاستأجر ذلك لحفر ذلك الموضع بالخصوص لم يمنع من ذلك كون مطلق الحفر واجبا عليه مقدمة للدفن

[التفصيل في الواجب التعبدي التخييري]

و إن كان تعبديا فإن قلنا بكفاية الإخلاص بالقدر المشترك و إن كان إيجاد خصوص بعض الأفراد لداع غير الإخلاص فهو كالتوصلي و إن قلنا إن اتحاد وجود القدر المشترك مع الخصوصية مانع عن التفكيك بينهما في القصد كان حكمه كالتعيني.

[التفصيل في الكفائي بين التوصلي و التعبدي]

و أما الكفائي فإن كان توصليا أمكن أخذ الأجرة على إتيانه لأجل باذل الأجرة فهو العامل في الحقيقة و إن كان تعبديا لم يجز الامتثال به و أخذ الأجرة عليه. نعم يجوز النيابة إن كان مما يقبل النيابة لكنه يخرج عن محل الكلام لأن محل الكلام أخذ الأجرة على ما هو واجب على الأجير لا على النيابة فيما هو واجب على المستأجر فافهم- .

[حرمة أخذ الأجرة في الكفائي لو كان حقا لمخلوق على المكلفين]

ثم إنه قد يفهم من أدلة وجوب الشيء كفاية كونه حقا لمخلوق يستحقه على المكلفين فكل من أقدم عليه فقد أدى حق ذلك المخلوق فلا يجوز له أخذ الأجرة منه و لا من غيره ممن وجب عليه أيضا كفاية و لعل من هذا القبيل تجهيز الميت و إنقاذ الغريق بل و معالجة الطبيب لدفع الهلاك.

[الإشكال على أخذ الأجرة على الصناعات التي يتوقف عليها النظام]

اشارة

ثم إن هنا إشكالا مشهورا و هو أن الصناعات التى يتوقف النظام عليها تجب كفاية لوجوب إقامة النظام بل قد يتعين بعضها على بعض المكلفين عند انحصار المكلف القادر فيه مع أن جواز أخذ الأجرة عليها مما لا كلام لهم فيه و كذا يلزم أن يحرم على الطبيب أخذ الأجرة على الطبابة لوجوبها عليه كفاية أو عينا كالفقاهة

و قد تفصى عنه بوجوه

أحدها

الالتزام بخروج ذلك بالإجماع و السيرة القطعيين.

الثانى الالتزام بجواز أخذ الأجرة على الواجبات إذا لم تكن تعبدية

و قد حكاه فى المصابيح عن جماعة و هو ظاهر كل من جوز أخذ الأجرة على القضاء بقول مطلق يشمل صورة تعينه عليه كما تقدم حكايته فى الشرائع و المختلف عن بعض و فيه ما تقدم سابقا- من أن الأقوى عدم جواز أخذ الأجرة عليه.

الثالث ما عن المحقق الثانى من اختصاص جواز الأخذ بصورة قيام من به الكفاية

فلا يكون حينئذ واجبا و فيه أن ظاهر العمل و الفتوى جواز الأخذ و لو مع بقاء الوجوب الكفائى بل و مع وجوبه عينا للانحصار.

الرابع ما فى مفتاح الكرامة من أن المنع مختص بالواجبات الكفائية المقصودة لذاتها

كأحكام الموتى و تعليم الفقه دون ما يجب لغيره كالصنائع و فيه أن هذا التخصيص إن كان لاختصاص معاقد إجماعاتهم و عنوانات كلامهم فهو خلاف الموجود منها و إن كان الدليل يقتضى الفرق فلا بد من بيانه.

الخامس أن المنع عن أخذ الأجرة على الصناعات الواجبة لإقامة النظام يوجب اختلال النظام

لوقوع أكثر الناس فى المعصية بتركها أو ترك الشاق منها و الالتزام بالأسهل فإنهم لا يرغبون بالصناعات

المكاسب، ج ۱، ص ۶۴

الشاقة أو الدقيقة إلا طمعا فى الأجرة و زيادتها على ما يبذل لغيرها من الصناعات و تسويغ أخذ الأجرة عليها لطف فى التكليف بإقامة النظام. و فيه أن المشاهد بالوجدان أن اختيار الناس للصنائع الشاقة و تحملها ناش عن الدواعى الأخر غير زيادة الأجرة مثل عدم قابليته لغير ما يختار أو عدم ميلة إليه أو عدم كونه شاقا عليه لكونه ممن نشأ فى تحمل المشقة أ لا- ترى أن أغلب الصنائع الشاقة من الكفائيات كالفلاحة و الحرث و الحصاد و شبه ذلك لا تزيد أجرتها على الأعمال السهلة.

السادس أن الوجوب فى هذه الأمور مشروط بالعوض

. قال بعض الأساطين بعد ذكر ما يدل على المنع عن أخذ الأجرة على الواجب أما ما كان واجبا مشروطا فليس بواجب قبل حصول الشرط فتعلق الإجارة به قبله لا مانع منه و لو كانت هو الشرط فى وجوبه فكل ما وجب كفاية من حرف و صناعات لم تجب إلا بشرط العوض بإجارة أو جعالة أو نحوهما فلا فرق بين وجوبها العينى للانحصار و وجوبها الكفائى لتأخير الوجوب عنها و عدمه قبلها كما أن

بذل الطعام و الشراب للمضطر إن بقی علی الکفایة أو تعین یستحق فیه أخذ العوض علی الأصح لأن وجوبه مشروط بخلاف ما وجب مطلقا بالأصالة کالنفقات أو بالعارض کالمنذور و نحوه انتهی کلامه رحمه الله و فیه أن وجوب الصناعات لیس مشروطا ببذل العوض لأنه لإقامة النظام التی هی من الواجبات المطلقة فإن الطبابة و الفصد و الحجامة و غیرها مما یتوقف علیه بقاء الحیاة فی بعض الأوقات واجبة بذل له العوض أم لم یبذل

السابع أن وجوب الصناعات المذکورة لم یثبت من حیث ذاتها

و إنما ثبت من حیث الأمر بإقامة النظام غیر متوقفة علی العمل تبرعا بل یحصل به و بالعمل بالأجرة فالذی یجب علی الطبیب لأجل إحیاء النفس و إقامة النظام بذل نفسه للعمل لا بشرط التبرع به بل له أن یتبرع به و له أن یطلب الأجرة و حینئذ فإن بذل المریض الأجرة وجب علیه العلاج و إن لم یبذل الأجرة و المفروض أداء ترک العلاج إلی الهلاک أجبره الحاکم حسبة علی بذل الأجرة للطبیب و إن کان المریض مغمی علیه دفع عنه ولیه و إلا جاز للطبیب العمل بقصد الأجرة فیستحق الأجرة فی ماله و إن لم یکن له مال ففی ذمته فیؤدی فی حیاته أو بعد مماته من الزکاة أو غیرها. و بالجملة فما کان من الواجبات الکفائیة ثبت من دلیله وجوب نفس ذلک العنوان فلا یجوز أخذ الأجرة علیه بناء علی المشهور و أما ما أمر به من باب إقامة النظام فأقامه النظام تحصل ببذل النفس للعمل فی الجملة و أما العمل تبرعا فلا و حینئذ فیجوز طلب الأجرة من المعمول له إذا کان أهلا للطلب منه و قصدها إذا لم یکن ممن یطلب منه کالغائب الذی یعمل فیما له عمل لدفع الهلاک عنه و کالمریض المغمی علیه و فیه أنه إذا فرض وجوب إحیاء النفس و وجب العلاج مقدمة له فأخذ الأجرة علیه غیر جائز-.

[مختار المؤلف]

فالتحقیق علی ما ذکرنا سابقا أن الواجب إذا کان عینیا تعینیا لم یجز أخذ الأجرة علیه و لو کان من الصناعات فلا یجوز للطبیب أخذ الأجرة علی بیان الدواء أو بعد تشخیص الدواء و أما أخذ الوصی الأجرة علی تولی أموال الطفل الموصی علیه الشامل بإطلاقه لصورة تعین العمل علیه فهو من جهة الإجماع و النصوص المستفیضة علی أن له أن یأخذ شیئا و إنما وقع الخلاف فی تعیینه فذهب جماعة إلی أن له أجرة المثل حملا للأخبار علی ذلک و لأنه إذا فرض احترام عمله بالنص و الإجماع فلا بد من کون العوض أجرة المثل. و بالجملة فملاحظة النصوص و الفتاوی فی تلک المسألة ترشد إلی خروجها عما نحن فیه و أما باذل المال للمضطر- فهو إنما یرجع بعوض المبذول لا بأجرة البذل- فلا یرد نقضا فی المسألة و أما رجوع الأم المرضعة بعض إرضاع اللبأ مع وجوبه علیها بناء علی توقف حیاة الولد علیه فهو إما من قبیل بذل المال للمضطر و إما من قبیل رجوع الوصی بأجرة المثل من جهة عموم الآیة فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَکُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فافهم و إن کان کفائیا جاز الاستیجار علیه فیسقط الواجب بفعل المستأجر علیه عنه و عن غیره و إن لم یحصل الامتثال. و من هذا الباب أخذ الطبیب الأجرة علی حضوره عند المریض إذا تعین علیه علاجه فإن العلاج و إن کان معینا علیه إلا أن الجمع بینه و بین المریض مقدمة للعلاج واجب کفائی بینه و بین أولیاء المریض فحضوره أداء للواجب الکفائی کإحضار الأولیاء إلا أنه لا بأس بأخذ الأجرة علیه. نعم یستثنی من الواجب الکفائی ما علم من دلیله صیرورة ذلک العمل حقا للغیر یستحقه من المکلف کما قد یدعی أن الظاهر من أدلة وجوب تجهیز المیت أن للمیت حقا علی الأحیاء فی التجهیز فکل من فعل شیئا منه فی الخارج فقد أدی حق المیت فلا یجوز أخذ الأجرة علیه و کذا تعلیم الجاهل أحکام عباداته الواجبة علیه و ما یحتاج إلیه کصیغة النکاح و نحوها لکن تعیین هذا یحتاج إلی لطف قریحة هذا تمام الکلام فی أخذ الأجرة علی الواجب.

و أما الحرام

فقد عرفت عدم جواز أخذ الأجرة عليه

و أما المكروه و المباح

فلا إشكال فى جواز أخذ الأجرة عليهما

و أما المستحب

اشارة

و المراد منه ما كان له نفع قابل لأن يرجع إلى المستأجر لتصح الإجارة من هذه الجهة فهو بوصف كونه مستحبا على المكلف لا يجوز أخذ الأجرة عليه لأن الموجود من هذا الفعل فى الخارج لا يتصف بالاستحباب إلا مع الإخلاص الذى ينافيه إتيان الفعل لاستحقاق المستأجر إياه كما تقدم فى الواجب. و حينئذ فإن كان حصول النفع المذكور منه متوقفا على نية القربة لم يجز أخذ الأجرة عليه كما إذا استأجر من يعيد صلاته ندبا ليقتدى به لأن المفروض بعد الإجارة عدم تحقق الإخلاص و المفروض مع عدم تحقق الإخلاص عدم حصول نفع منه عائد إلى المستأجر و ما يخرج بالإجارة عن قابلية انتفاع المستأجر به لم يجز الاستيجار عليه و من هذا القبيل الاستيجار على العبادة لله تعالى أصالة- لا نيابة و إهداء ثوابها إلى المستأجر فإن ثبوت الثواب للعامل موقوف على قصد الإخلاص المنفى مع الإجارة و إن كان حصول النفع غير متوقف على الإخلاص جاز الاستيجار عليه كبناء المساجد و إعانة المحاويج فإن من بنى لغيره مسجدا عاد إلى الغير نفع بناء المسجد و هو ثوابه و إن لم يقصد البناء من عمله إلاـ أخذ الأجرة. و كذا من استأجر غيره لإعانة المحاويج و المشى فى حوائجهم فإن الماشى لا يقصد إلا الأجرة إلا أن نفع المشى عائد إلى المستأجر

و من هذا القبيل استيجار الشخص للنيابة عنه فى العبادات التى تقبل النيابة

المكاسب، ج ۱، ص ۶۵

كالحج و الزيارة و نحوهما فإن نيابة الشخص عن غيره فيما ذكر و إن كانت مستحبة إلا أن ترتب الثواب للمنوب عنه و حصول هذا النفع له لاـ يتوقف على قصد النائب الإخلاص فى نيابته بل متى جعل نفسه بمنزلة الغير و عمل العمل بقصد التقرب الذى هو تقرب المنوب عنه بعد فرض النيابة انتفع المنوب عنه سواء فعل النائب هذه النيابة بقصد الإخلاص فى امتثال أو أمر النيابة عن المؤمن أم لم يلتفت إليها أصلا و لم يعلم بوجودها فضلا عن أن يقصد امتثالها أ لا ترى أن أكثر العوام الذين يعملون الخيرات لأمواتهم لا يعلمون ثبوت الثواب لأنفسهم فى هذه النيابة بل يتخيلون النيابة مجرد إحسان إلى الميت لا يعود نفع منه إلى نفسه و التقرب الذى يقصده النائب بعد جعل نفسه نائبا هو تقرب المنوب عنه لاـ تقرب النائب فيجوز أن ينوب لأجل مجرد استحقاق الأجرة عن فلان بأن ينزل نفسه منزلته فى إتيان الفعل قربة إلى الله ثم إذا عرض هذه النيابة الوجوب بسبب الإجارة فالأجير غير متقرب فى نيابته لأن الفرض عدم علمه أحيانا بكون النيابة راجحة شرعا يحصل بها التقرب لكنه متقرب بعد جعل نفسه نائبا عن غيره فهو متقرب بوصف كونه بدلا و نائبا عن الغير فالتقرب يحصل للغير.

[الإشكال بكون الإخلاص منافيا للإجارة و الجواب عنه]

فإن قلت الموجود فى الخارج من الأجير ليس إلا الصلاة عن الميت مثلا و هذا متعلق الإجارة و النيابة فإن لم يمكن الإخلاص فى متعلق الإجارة لم يترتب على تلك الصلاة نفع للميت و إن أمكن لم يناف الإخلاص لأخذ الأجرة كما ادعيت و ليست النيابة عن الميت فى الصلاة المتقرب بها إلى الله تعالى شيئا و نفس الصلاة شيئا آخر حتى يكون الأول متعلقا للإجارة و الثانى موردا للإخلاص.

قلت القربة المانع اعتبارها من تعلق الإجارة هی المعتبرة فی نفس متعلق الإجارة و إن اتحد خارجا مع ما یعتبر فیه القربة مما لا یکون متعلقا للإجارة فالصلاة الموجودة فی الخارج علی جهة النیابة فعل للنائب من حیث إنها نیابة عن الغیر و بهذا الاعتبار ینقسم فی حقه إلی المباح و الراجح و المرجوح و فعل للمنوب عنه بعد نیابة النائب یعنی تنزیل نفسه منزلة المنوب عنه فی هذه الأفعال و بهذا الاعتبار تترتب علیه الآثار الدنیویة و الأخرویة لفعل المنوب عنه الذی لم یشترط فیه المباشرة و الإجارة تتعلق به بالاعتبار الأول و التقرب بالاعتبار الثانی فالموجود فی ضمن الصلاة الخارجیة فعلان نیابة صادرة عن الأجیر النائب فیقال ناب عن فلان و فعل کأنه صادر عن المنوب عنه فیمکن أن یقال علی سبیل المجاز صلی فلان و لا یمکن أن یقال ناب فلان فکما جاز اختلاف هذین الفعلین فی الآثار فلا ینافی اعتبار القربة فی الثانی جواز الاستیجار علی الأول الذی لا یعتبر فیه القربة.

[جواز الاستئجار للمیت]

و قد ظهر مما قررناه وجه ما اشتهر بین المتأخرین فتوی و عملا من جواز الاستیجار علی العبادات للمیت و أن الاستشکال فی ذلک بمنافاة ذلک لاعتبار القربة فیها ممکن الدفع- خصوصا بملاحظة و ما ورد من الاستیجار للحج و دعوی خروجه بالنص فاسدة لأن مرجعها إلی عدم اعتبار القربة فی الحج و أضعف منها دعوی أن الاستیجار علی المقدمات کما لا یخفی مع أن ظاهر ما ورد فی استیجار مولانا الصادق ع للحج عن ولده إسماعیل کون الإجارة علی نفس الأفعال.

[عدم جواز إتیان ما وجب بالإجارة عن نفسه]

ثم اعلم أنه کما لا یستحق الغیر بالإجارة- ما وجب علی المکلف علی وجه العبادة کذلک لا یؤتی علی وجه العبادة لنفسه ما استحقه الغیر منه بالإجارة فلو استؤجر لإطافة صبی أو مغمی علیه فلا یجوز الاحتساب فی طواف نفسه کما صرح به فی المختلف بل کذلک لو استؤجر لحمل غیره فی الطواف- کما صرح به جماعة تبعا للإسکافی لأن المستأجر یستحق الحرکة المخصوصة علیه لکن ظاهر جماعة جواز الاحتساب فی هذه الصورة لأن استحقاق الحمل غیر استحقاق الإطافة به کما لو استؤجر لحمل متاع. و فی المسألة أقوال قال فی الشرائع و لو حمله حامل فی الطواف أمکن أن یحتسب کل منهما طوافه عن نفسه انتهی و قال فی المسالک هذا إذا کان الحامل متبرعا أو حاملا بجعالة أو کان مستأجرا للحمل فی طوافه أما لو استؤجر للحمل مطلقا لم یحتسب للحامل لأن الحرکة المخصوصة قد صارت مستحقة علیه لغیره فلا یجوز صرفها إلی نفسه- و فی المسألة أقوال هذا أجودها انتهی و أشار بالأقوال إلی القول بجواز الاحتساب مطلقا کما هو ظاهر الشرائع و ظاهر القواعد علی إشکال. و القول الآخر ما فی الدروس من أنه یحتسب لکل من الحامل و المحمول ما لم یستأجره للحمل لا فی طوافه انتهی. و الثالث ما ذکره فی المسالک من التفصیل. و الرابع ما ذکره بعض محشی الشرائع من استثناء صورة الاستیجار علی الحمل. و الخامس الفرق بین الاستیجار للطواف به و بین الاستیجار لحمله فی الطواف و هو ما اختاره فی المختلف. و بنی فخر الدین فی الإیضاح جواز الاحتساب فی صورة الاستیجار للحمل التی استشکل والده رحمه الله فیها علی أن ضم نیة التبرد إلی الوضوء قادح أم لا. و المسألة مورد نظر و إن کان ما تقدم من المسالک لا یخلو عن وجه.

[أخذ الأجرة علی الأذان]

اشارة

ثم إنه قد ظهر مما ذکرناه- من عدم جواز الاستیجار علی المستحب إذا کان من العبادات أنه لا یجوز أخذ الأجرة علی أذان المکلف لصلاة نفسه إذا کان مما یرجع نفع منه إلی الغیر لأجله یصح الاستیجار کالإعلام بدخول الوقت و الاجتزاء به فی الصلاة و کذا أذان

المكلف للإعلام عند الأكثر كما عن الذكرى و على الأشهر كما فى الروضة و هو المشهور كما فى المختلف و مذهب الأصحاب إلا من شذ كما عنه و عن جامع المقاصد و بالإجماع كما عن محكى الخلاف بناء على أنه عبادة يعتبر فيها وقوعها لله فلا يجوز أن يستحقه الغير.

[ما يدل على عدم جواز الأجرة على الأذان]

و فى رواية زيد بن على عن أبيه عن آبائه عن على ع: أنه أتاه رجل فقال له و الله إنى أحبك لله فقال له لكنى أبغضك لله قال و لم قال لأنك تبغى فى الأذان أجرا و تأخذ على تعليم القرآن أجرا و فى رواية حمران الواردة فى فساد الدنيا و اضمحلال الدين و فيها قوله ع: و رأيت الأذان بالأجرة و الصلاة بالأجر و يمكن أن يقال إن مقتضى كونه عبادة عدم حصول الثواب إذا لم يتقرب به لا فساد الإجارة مع فرض كون العمل مما ينتفع به و إن لم يتقرب به نعم لو قلنا بأن الإعلام بدخول الوقت المستحب كفاية لا يتأتى بالأذان الذى لا يتقرب به صح ما ذكر لكن ليس كذلك و أما الرواية فضعيفة- و من هنا استوجه الحكم بالكراهة فى الذكرى و المسالك و مجمع البرهان و البحار بعد أن حكى عن علم الهدى رحمه الله و لو اتضحت دلالة الروايات أمكن جبر سند الأولى

المكاسب، ج ۱، ص ۶۶

بالشهرة مع أن رواية حمران حسنة على الظاهر بابن هاشم

[الأجرة على الإمامة]

و من هنا يظهر وجه ما ذكروه فى هذا المقام من حرمة أخذ الأجرة على الإمامة مضافا إلى موافقتها للقاعدة المتقدمة من أن ما كان انتفاع الغير به موقوفا على تحققه على وجه الإخلاص لا يجوز الاستيجار عليه لأن شرط العمل المستأجر عليه قابلية إيقاعه لأجل استحقاق المستأجر له حتى يكون وفاء بالعقد و ما كان من قبيل العبادة غير قابل لذلك

[الأجرة على تحمل الشهادة]

ثم إن من الواجبات التى يحرم أخذ الأجرة عليها عند المشهور تحمل الشهادة بناء على وجوبه كما هو أحد الأقوال فى المسألة لقوله تعالى وَ لا يَأْبَ الشُّهَداءُ إِذا ما دُعُوا المفسر فى الصحيح بالدعاء للتحمل و كذلك أداء الشهادة لوجوبه عينا أو كفاية و هو مع الوجوب العينى واضح و أما مع الوجوب الكفائى فلأن المستفاد من أدلة الشهادة كون التحمل و الأداء حقا للمشهود له على الشاهد فالموجود فى الخارج من الشاهد حق للمشهود له لا يقابل بعوض للزوم مقابلة حق الشخص بشىء من ماله فيرجع إلى أكل المال بالباطل.

و منه يظهر أنه كما لا يجوز أخذ الأجرة من المشهود له كذلك لا يجوز من بعض من وجبت عليه كفاية إذا استأجره لفائدة إسقاطها عن نفسه ثم إنه لا فرق فى حرمة الأجرة بين توقف التحمل أو الأداء على قطع مسافة طويلة و عدمه. نعم لو احتاج إلى بذل مال فالظاهر عدم وجوبه و لو أمكن إحضار الواقعة عند من يراد تحمله للشهادة فله أن يمتنع من الحضور و يطلب الإحضار.

[الارتزاق من بيت المال لمن يحرم عليه أخذ الأجرة]

اشارة

بقى الكلام فى شىء و هو أن كثيرا من الأصحاب صرحوا فى كثير من الواجبات و المستحبات التى يحرم أخذ الأجرة عليها بجواز ارتزاق مؤديها من بيت المال المعد لمصالح المسلمين و ليس المراد أخذ الأجرة أو الجعل من بيت المال لأن ما دل على تحريم

العوض لاـ فرق فيه بين كونه من بيت المـال أو من غيره بـل حيث اسـتفدنا من دليـل الوجوب كونه حقـا للغير يجب أداؤه إليه عينا أو كفاية فيكون أكل المال بإزائه أكلا له بالباطل كان إعطاؤه العوض من بيت المال أولى بالحرمة لأنه تضـييع له و إعطاء مال المسـلمين بـإزاء ما يسـتحقه المسـلمون على العامل بل المراد أنه إذا قام المكلف بما يجب عليه كفايـة أو عينا مما يرجع إلى مصالـح المؤمنين و حقوقهم كالقضـاء و الإفتـاء و الأذان و الإقامـة و نحوها و رأى ولى المسـلمين المصـلحة فى تعيين شـىء من بيت المال له فى اليوم أو الشـهر أو السنة من جهة قيامه بذلك الأمر لكونه فقيرا يمنعه القيام بالواجب المذكور عن تحصيل ضرورياته فيعين له ما يرفع حاجته و إن كان أزيـد من أجرة المثل أو أقل منها. و لا فرق بين أن يكون تعيين الرزق له بعـد القيام أو قبله حتى أنه لو قيل له اقض فى البلد و أنا أكفيك مئونتك من بيت المال جاز و لم يكن جعالة

و كيف كان فمقتضى القاعدة عدم جواز الارتزاق إلا مع الحاجة

على وجه يمنعه القيام بتلك المصـلحة عن اكتساب المئونة فالارتزاق مع الاستغناء و لو بكسب لا يمنعه القيام بتلك المصلحة غير جائز و يظهر من إطلاق جماعة فى باب القضاء خلاف ذلك بل صرح غير واحد بالجواز مع وجدان الكفاية

خاتمة تشتمل على مسائل

الأولى [بيع المصحف]

اشارة

صرح جماعة كما عن النهاية و السرائر و التذكرة و الدروس و جامع المقاصد بحرمة بيع المصحف و المراد به كما صرح فى الدروس خطه و ظاهر المحكى عن نهايـة الأحكام اشـتهارها بين الصـحابة حيث تمسك على الحرمـة بمنع الصـحابة و عليه تدل ظواهر الأخبار المستفيضة.

[روايات المنع عن بيع المصحف]

ففى موثقة سـماعة: لا تبيعوا المصاحف فإن بيعها حرام قلت فما تقول فى شـرائها قال اشتر منه الدفتين و الحديد و الغلاف و إياك أن تشـترى منه الورق و فيه القرآن مكتوب فيكون عليـك حرامـا و على من بـاعه حرامـا و مضـمرة عثمـان بن عيسـى قـال: سـألته عن بيع المصـاحف و شـرائها فقـال لا تشتر كلام الله و لكن اشتر الجلـد و الحديـد و الـدفتر و قل أشترى منك هـذا بكـذا و كـذا: و رواها فى الكافى عن عثمان بن عيسـى عن سماعة عن أبى عبد الله ع: و رواية جراح المدائنى: فى بيع المصاحف قال لا تبع الكتاب و لا تشتره و بع الورق و الأديم و الحديد ۲۵۸ و رواية عبد الرحمن بن سيابة قال سمعت أبا عبد الله ع يقول: إن المصاحف لن يشترى فإذا اشتريت فقل إنما أشترى منك الورق و ما فيه من الأديم و حليته و ما فيه من عمل يـدك بكذا و كذا. و ظاهر قوله ع إن المصاحف لن تشترى أنهـا لاـ تـدخل فى ملك أحـد على وجه العوضـية عما بـذله من الثمن و أنها أجل من ذلك و يشـير إليه تعبير الإمام فى بعض الأخبار بكتاب الله و كلام الله الـدال على التعظيم و كيف كان فالحكم فى المسألة واضح بعد الأخبار و عمل من عرفت حتى مثل الحلى الذى لا يعمل بأخبار الآحاد.

[توهم استفادة الجواز من بعض الروايات]

و ربما يتوهم هنا ما يصرف هذه الأخبار عن ظواهرها مثل رواية أبى بصير قال: سألت أبا عبد الله ع عن بيع المصاحف و شرائها فقال إنما كان يوضع عند القامة و المنبر قال كان بين الحائط و المنبر قيد ممر شاة أو رجل و هو منحرف فكان الرجل يأتى فيكتب البقرة و يجيء آخر فيكتب السورة كذلك كانوا ثم إنهم اشتروا بعد ذلك- قلت فما ترى فى ذلك قال أشتريه أحب إلى من أن أبيعه: و مثلها رواية روح بن عبد الرحيم و زاد فيها: قلت فما ترى إن أعطى على كتابته أجرا قال لا بأس و لكن هكذا كانوا يصنعون فإنها تدل على جواز الشراء من جهة حكايته عن المسلمين بقوله ثم إنهم اشتروا بعد ذلك و قوله أشتريه أحب إلى من أن أبيعه و نفى البأس عن الاستيجار لكتابته كما فى أخبار أخرى غيرها فيجوز تملك الكتابة بالأجرة فيجوز وقوع جزء من الثمن بإزائها عند بيع المجموع المركب منها و من القرطاس و غيرها

[عدم دلالة الروايات على جواز المعاوضة على الخط]

لكن الإنصاف أن لا دلالة فيها على جواز اشتراء خط المصحف و إنما تدل على أن تحصيل المصحف فى الصدر الأول كان بمباشرة كتابته ثم قصرت الهمم فلم يباشروها بأنفسهم و حصلوا المصاحف بأموالهم شراء و استئجارا و لا دلالة فيها على كيفية الشراء و أن الشراء و المعاوضة لا بد أن لا تقع إلا على ما عدا الخط من القرطاس و غيره. و فى بعض الروايات دلالة على أن الأولى- مع عدم مباشرة الكتابة بنفسه أن يستكتب بلا شرط ثم يعطيه ما يرضيه مثل رواية عبد الرحمن بن أبى عبد الله عن أبى عبد الله ع قال: إن أم عبد الله بن الحارث أرادت أن تكتب مصحفا فاشترت ورقا من عندها و دعت رجلا فكتب لها على غير شرط فأعطته حين

المكاسب، ج۱، ص ۶۷

فرغ خمسين دينارا و أنه لم تبع المصاحف إلا حديثا

[رواية عنبسة الوراق و توجيها]

و مما يدل على الجواز رواية عنبسة الوراق قال: قلت لأبى عبد الله ع أنا رجل أبيع المصاحف فإن نهيتنى لم أبعها قال أ لست تشترى ورقا و تكتب فيه قلت بلى و أعالجها قال لا بأس بها و هى و إن كانت ظاهرة فى الجواز إلا أن ظهورها من حيث السكوت عن كيفية البيع فى مقام الحاجة إلى البيان فلا تعارض ما تقدم من الأخبار المتضمنة للبيان و كيف كان فالأظهر فى الاخبار- ما تقدم من الأساطين المتقدمة إليهم الإشارة.

بقى الكلام فى المراد من حرمة البيع و الشراء

بعد فرض أن الكاتب للمصحف فى الأوراق المملوكة مالك للأوراق و ما فيها من النقوش فإن النقوش إن لم تعد من الأعيان المملوكة بل من صفات النقوش التى تتفاوت قيمته بوجودها و عدمها فلا حاجة إلى النهى عن بيع الخط فلا يقع بإزائه جزء من الثمن حتى يقع فى حيز البيع- و إن عدت من الأعيان المملوكة فإن فرض بقاؤها على ملك البائع بعد بيع الورق و الجلد فيلزم شركته مع المشترى و هو خلاف الاتفاق و إن انتقلت إلى المشترى فإن كان بجزء من العوض فهو البيع المنهى عنه لأن بيع المصحف المركب

من الخط و غيره ليس إلا- جعل جزء من الثمن بإزاء الخط و إن انتقلت إليه قهرا تبعا لغيرها لا لجزء من العوض نظير بعض ما يدخل فى المبيع فهو خلاف مقصود المتبايعين مع أن هذا كالتزام كون المبيع هو الورق المقيد بوجود هذه النقوش فيه لا الورق و النقوش فإن النقوش غير مملوكة بحكم الشارع مجرد تكليف صورى إذ لا أظن أن تعطل أحكام الملك فلا تجرى على الخط المذكور إذا بنينا على أنه ملك عرفا قد نهى عن المعاوضة عليه بل الظاهر أنه إذا لم يقصد بالشراء إلا الجلد و الورق كان الخط باقيا على ملك البائع فيكون شريكا بالنسبة فالظاهر أنه لا مناص عن التزام التكليف الصورى أو يقال إن الخط لا يدخل فى الملك شرعا و إن دخل فيه عرفا فتأمل. و لأجل ما ذكرناه التجأ بعض إلى الحكم بالكراهة و أولوية الاقتصار فى المعاملة على ذكر الجلد و الورق بترك إدخال الخط فيه احتراما و قد تعارف إلى الآن تسمية ثمن القرآن هدية

[بيع المصحف من الكافر]

ثم إن المشهور بين العلامة رحمه الله و من تأخر عنه عدم جواز بيع المصحف من الكافر على الوجه الذى يجوز بيعه من المسلم و لعله لفحوى ما دل على عدم تملك الكافر للمسلم و أن الإسلام يعلو و لا يعلى عليه فإن الشيخ رحمه الله قد استدل به على عدم تملك الكافر للمسلم و من المعلوم أن ملك الكافر للمسلم إن كان علوا على الإسلام فملكه للمصحف أشد علوا عليه و لذا لم يوجد هنا قول بتملكه- و إجباره على البيع كما قيل به فى العبد المسلم و حينئذ فلو كفر المسلم انتقل مصحفه إلى وارثه و لو كان الوارث هو الإمام هذا

[تملك الكفار للمصاحف]

و لكن ذكر فى المبسوط فى باب الغنائم أن ما يوجد فى دار الحرب من المصاحف و الكتب التى ليست بكتب الزندقة و الكفر داخل فى الغنيمة و يجوز بيعها و ظاهر ذلك تملك الكفار للمصاحف و إلا لم يكن وجه لدخولها فى الغنيمة بل كانت من مجهول المالك المسلم- و إرادة غير القرآن من الصاحف بعيدة

و الظاهر أن أبعاض المصحف فى حكم الكل

إذا كانت مستقلة. و أما المتفرقة فى تضاعيف غير التفاسير من الكتب للاستشهاد بلفظه أو معناه فلا يبعد عدم اللحوق لعدم تحقق الإهانة و العلو و فى إلحاق الأدعية المشتملة على أسماء الله تعالى كالجوشن الكبير مطلقا أو مع كونه الكافر ملحدا بها دون المقر بالله المحترم لأسمائه- لعدم الإهانة و العلو وجوه.

و فى إلحاق الأحاديث النبوية بالقرآن

وجهان حكى الجزم به عن الكركى و فخر الدين قدس سرهما و التردد بينهما عن التذكرة. و على اللحوق فيلحق اسم النبى ص بطريق أولى لأنه أعظم من كلامه و حينئذ فيشكل أن يملك الكفار الدراهم و الدنانير المضروبة فى زماننا المكتوب عليها اسم النبى ص إلا أن يقال إن المكتوب عليها غير مملوك عرفا و لا يجعل بإزاء الاسم الشريف المبارك من حيث إنه اسمه جزء من الثمن فهو كاسمه

المبارك المكتوب على سيف أو على باب دار أو جدار إلا أن يقال إن مناط الحرمة التسليط لا المعاوضة بل و لا التمليك و يشكل أيضا من جهة مناولتها الكافر مع العلم العادى بمسه إياه خصوصا مع الرطوبة

الثانية جوائز السلطان و عماله

اشارة

بل مطلق المال المأخوذ منهم مجانا أو عوضا لا يخلو عن أحوال لأنه إما أن لا يعلم أن فى جملة أموال هذا الظالم مالا محرما يصلح لكون المأخوذ هو من ذلك المال و إما أن يعلم و على الثانى فإما أن لا يعلم ذلك المحرم أو شيئا منه داخل فى المأخوذ و إما أن يعلم ذلك و على الثانى فإما أن يعلم تفصيلا و إما أن يعلم إجمالا فالصور أربع

[الصورة الأولى أن لا يعلم بأن للجائر مال حرام يحتمل كون الجائزة منها]

أما الأولى فلا إشكال فيها فى جواز الأخذ و حلية التصرف للأصل و الإجماع و الأخبار الآتية لكن ربما يوهم بعض الأخبار أنه يشترط فى حل مال الجائر ثبوت مال حلال له مثل ما عن الاحتجاج عن الحميرى: أنه كتب إلى صاحب الزمان عجل الله فرجه يسأله عن الرجل يكون من وكلاء الوقف مستحلا لما فى يده لا يتورع عن أخذ ماله ربما نزلت فى قريته و هو فيها أو أدخل منزله و قد حضر طعامه فيدعونى إليه فإن لم آكل عادانى عليه فهل يجوز لى أن آكل من طعامه و أتصدق بصدقة و كم مقدار الصدقة و إن أهدى هذا الوكيل هدية إلى رجل آخر فيدعونى إلى أن أنال منها و أنا أعلم أن الوكيل لا يتورع عن أخذ ما فى يده فهل على فيه شىء إن أنا نلت منها الجواب إن كان لهذا الرجل مال أو معاش غير ما فى يده فكل طعامه و اقبل بره و إلا فلا بناء على أن الشرط فى الحلية هو وجود مال آخر فإذا لم يعلم به لم يثبت الحل لكن هذه الصورة قليلة التحقق.

و أما الثانية [أن يعلم بوجود مال محرم للجائر لكن لا يعلم بكون الجائزة منها]

[الحالة الأولى أن تكون الشبهة غير محصورة]

اشارة

فإن كانت الشبهة فيها غير محصورة فحكمها كالصورة الأولى و كذا إذا كانت محصورة بين ما لا يبتلى المكلف به و بين ما من شأنه الابتلاء به كما إذا علم أن الواحد المردد بين هذه الجائزة و بين أم ولده المعدودة من خواص نسائه مغصوب و ذلك لما تقرر فى الشبهة المحصورة من اشتراط تنجز تعلق التكليف فيها بالحرام الواقعى بكون كل من المشتبهين بحيث يكون التكليف بالاجتناب عنه منجزا لو فرض كونه هو المحرم الواقعى لا مشروطا بوقت الابتلاء المفروض انتفاؤه فى أحدهما فى المثال فإن التكليف غير منجز بالحرام الواقعى على أى تقدير لاحتمال كون المحرم فى المثال هى أم الولد و توضيح المطلب فى محله

ثم إنه صرح جماعة بكراهة الأخذ

اشارة

و عن المنتهى الاستدلال له باحتمال الحرمة و بمثل قوله ع: دع ما يريبك و قولهم ع: من ترك الشبهات نجا من المحرمات إلى آخر الحديث. و ربما يزاد على ذلك بأن أخذ المال منهم يوجب محبتهم فإن القلوب مجبولة على حب من أحسن

المكاسب، ج ۱، ص ۶۸

إليها و يترتب عليها من المفاسد ما لا يخفى. و في الصحيح: إن أحدكم لا يصيب من دنياهم شيئا إلا أصابوا من دينه مثله و ما عن الإمام الكاظم ع من قوله: لو لا أني أرى من أزوجه من عزاب آل أبي طالب لئلا ينقطع نسله ما قبلتها أبدا

ثم إنهم ذكروا ارتفاع الكراهة بأمور-

منها أخبار المجيز بحليته

بأن يقول هذه الجائزة من تجارتي أو زراعتي أو نحو ذلك مما يحل للآخذ التصرف فيه. و ظاهر المحكي عن الرياض تبعا لظاهر الحدائق أنه مما لا خلاف فيه و اعترف ولده في المناهل بأنه لم نجد له مستندا مع أنه لم يحك التصريح به إلا عن الأردبيلي ثم عن العلامة الطباطبائي و يمكن أن يكون المستند ما دل على قبول قول ذي اليد فيعمل بقوله كما لو قامت البينة على تملكه و شبهه الحرمة و إن لم ترتفع بذلك إلا أن الموجب للكراهة ليس مجرد الاحتمال و إلا لعمت الكراهة أخذ المال من كل أحد بل الموجب له كون الظالم مظنة الظلم و الغصب و غير متورع عن المحارم نظير كراهة سؤر من لا يتوقى النجاسة و هذا المعنى يرتفع بإخباره إلا إذا كان خبره كيده مظنة للكذب لكونه ظالما غاصبا فيكون خبره حينئذ كيده و تصرفه غير مفيد إلا للإباحة الظاهرية غير المنافية للكراهة فيختص الحكم برفع الكراهة بما إذا كان مأمونا في خبره و قد صرح الأردبيلي بهذا القيد في إخبار وكيله و بذلك يندفع ما يقال من أنه لا فرق بين يد الظالم و تصرفه و بين خبره في كون كل منهما مفيدا للملكية الظاهرية غير مناف للحرمة الواقعية المقتضية للاحتياط فلا وجه لوجود الكراهة الناشئة عن حسن الاحتياط مع اليد و ارتفاعها مع الأخبار فتأمل.

و منها إخراج الخمس منه

حكي عن المنتهى و المحقق الأردبيلي و ظاهر الرياض هنا أيضا عدم الخلاف و لعله لما ذكر في المنتهى في وجه استحباب إخراج الخمس من هذا المال أن الخمس مطهر للمال المختلط يقينا بالحرام فمحتمل الحرمة أولى بالتطهير به فإن مقتضى الطهارة بالخمس صيرورة المال حلالا واقعيا فلا يبقى حكم الشبهة- كما لا يبقى في المال المختلط يقينا بعد إخراج الخمس. نعم يمكن الخدشة في أصل الاستدلال بأن الخمس إنما يطهر المختلط بالحرام حيث إن بعضه حرام و بعضه حلال فكان الشارع جعل الخمس بدل ما فيه من الحرام فمعنى تطهيره تخليصه بإخراج الخمس مما فيه من الحرام فكان مقدار الحلال طاهرا في نفسه إلا أنه قد تلوث بسبب الاختلاط مع الحرام فصار محكوما بحكم الحرام و هو وجوب الاجتناب فإخراج الخمس مطهر له عن هذه القذارة العرضية و أما المال المحتمل لكونه بنفسه حراما و قذرا ذاتيا فلا معنى لتطهيره بإخراج خمسة بل المناسب لحكم الأصل- حيث جعل الاختلاط قذارة عرضية كون الحرام قذر العين و لازمه أن المال المحتمل الحرمة غير قابل للطهارة فلا بد من الاجتناب عنه. نعم يمكن أن يستأنس أو يستدل على استحباب الخمس بعد فتوى النهاية التي هي كالرواية ففيها كفاية في الحكم بالاستحباب و كذلك فتوى السرائر مع عدم العمل فيها إلا بالقطعيات: بالموثقة المسئول فيها عن عمل السلطان يخرج فيه الرجل قال ع لا إلا أن لا يقدر على شيء يأكل و يشرب و لا يقدر على حيلة فإن فعل فصار في يده شيء فليبعث بخمسه إلى أهل البيت فإن موردها و إن كان ما يقع في يده بإزاء العمل إلا أن الظاهر عدم الفرق بينه و بين ما يقع في اليد على وجه الجائزة و يمكن أن يستدل له أيضا بما دل على وجوب الخمس في الجائزة مطلقا- و هي عدة أخبار مذكورة في محلها و حيث إن المشهور غير قائلين بوجوب الخمس في الجائزة حملوا تلك الأخبار على الاستحباب ثم

إن المستفاد مما تقدم من اعتذار الإمام الکاظم ع من قبول الجائزة بتزویج عزاب الطالبیین لئلا ینقطع نسلهم و من غیره أن الکراهة ترتفع بکل مصلحة هی أهم فی نظر الشارع من الاجتناب عن الشبهة و یمکن أن یکون اعتذاره ع إشارة إلی أن لو لا صرفها فیما یصرف فیه المظالم المردودة لما قبلها فیجب أو ینبغی أن یأخذها ثم یصرفها فی مصارفها. و هذه الفروع کلها بعد الفراغ عن إباحة أخذ الجائزة و المتفق علیه من صورها صورة عدم العلم بالحرام فی ماله أصلا أو العلم بوجود الحرام من کون الشبهة غیر محصورة أو محصورة ملحقة بغیر المحصورة علی ما عرفت

[الحالة الثانیة] و إن کانت الشبهة محصورة

اشارة

بحیث تقتضی قاعدة الاحتیاط لزوم الاجتناب عن الجمیع لقابلیة تنجز التکلیف بالحرام المعلوم إجمالا فظاهر جماعة المصرح به فی المسالک و غیره الحل و عدم لحوق حکم الشبهة المحصورة هنا.

[ظاهر جماعة حلیة الجائزة فی هذه الحالة]

قال فی الشرائع جوائز السلطان الجائر [الظالم] إن علمت حراما بعینها فهو حرام و نحوه عن نهایة الأحکام و الدروس و غیرهما. قال فی المسالک التقیید بالعین إشارة إلی جواز أخذها إن علم [إجمالا] أن فی أمواله مظالم کما هو مقتضی حال الظالم و لا یکون حکمها حکم المال المختلط بالحرام فی وجوب اجتناب الجمیع للنص علی ذلک انتهی.

[مناقشة القول بالحلیة]

أقول لیس فی أخبار الباب ما یکون حاکما علی قاعدة الاحتیاط فی الشبهة المحصورة بل هی مطلقة أقصاها کونها من قبیل قولهم ع کل شیء لک حلال أو کل شیء فیه حلال و حرام فهو لک حلال. و قد تقرر حکومة قاعدة الاحتیاط علی ذلک فلا بد حینئذ من حمل الأخبار علی مورد لا- تقتضی القاعدة لزوم الاجتناب عنه کالشبهة غیر المحصورة أو المحصورة التی لم یکن کل محتملاتها موردا لابتلاء المکلف- أو علی أن ما یتصرف فیه الجائر بالإعطاء یجوز أخذه حملا لتصرفه علی الصحیح أو لأن تردد الحرام بین ما ملکه الجائر و بین غیره من قبیل التردد بین ما ابتلی به المکلف و ما لم یبتل به و هو ما لم یعرضه الجائر لتملیکه فلا یحرم قبول ما ملکه لدوران الحرام بینه و بین ما لم یعرضه لتملیکه فالتکلیف بالاجتناب عن الحرام الواقعی غیر منجز علیه کما أشرنا إلیه سابقا فلو فرضنا موردا خارجا عن هذه الوجوه المذکورة کما إذا أراد أخذ شیء من ماله مقاصة أو أذن له الجائر فی أخذ شیء من أمواله علی سبیل التخییر أو علم أن المجیز قد أجازه من المال المختلط فی اعتقاده بالحرام بناء علی أن الید لا- تؤثر فی حل ما کلف ظاهرا بالاجتناب عنه کما لو علمنا أن شخصا أعارنا أحد الثوبین المشتبهین فی نظره فإنه لا یحکم بطهارته. فالحکم فی هذه الصور بجواز أخذ بعض ذلک مع العلم بوجود الحرام فیه و طرح قاعدة الاحتیاط فی الشبهة المحصورة فی غایة الإشکال بل الضعف.

فلنذکر النصوص الواردة فی هذا المقام و نتکلم فی مقدار شمول کل واحد منها

اشارة

بعد ذکره حتی یعلم عدم

المکاسب، ج۱، ص ۶۹

نهوضها للحكومة على القاعدة.

[قوله عليه السلام كل شىء فيه حلال و حرام و المناقشة فيه]

فمن الأخبار التى استدل بها فى هذا المقام قول الإمام الصادق ع: كل شىء فيه حلال و حرام فهو لك حلال أبدا حتى تعرف الحرام منه بعينه فتدعه و قوله ع:

كل شىء هو لك حلال حتى تعرف أنه حرام بعينه و لا يخفى أن المستند فى المسألة- لو كان مثل هذا لكان الواجب إما التزام أن القاعدة فى الشبهة المحصورة عدم وجوب الاحتياط مطلقا كما عليه شرذمة من متأخرى المتأخرين أو أن مورد الشبهة المحصورة من جوائز الظلمة خارج عن عنوان الأصحاب و على أى تقدير فهو على طرف النقيض مما تقدم عن المسالك.

[صحيحة أبى ولاد و المناقشة فيها]

و منها صحيحة أبى ولاد قال: قلت لأبى عبد الله ع ما ترى فى رجل يلى أعمال السلطان ليس له مكسب إلا من أعمالهم و أنا أمر به و أنزل عليه فيضيفنى و يحسن إلى و ربما أمر لى بالدراهم و الكسوة و قد ضاق صدرى من ذلك فقال لى كل و خذ منها فلك المهنأ و عليه الوزر إلى آخر الخبر. و الاستدلال بها على المدعى لا يخلو عن نظر لأن الاستشهاد إن كان من حيث حكمه ع بحل مال العامل المجيز للسائل- فلا- يخفى أن الظاهر من هذه الرواية و من غيرها من الروايات حرمة ما يأخذه عمال السلطان بإزاء عملهم له و أن العمل للسلطان من المكاسب المحرمة فالحكم بالحل ليس إلا من حيث احتمال كون ما يعطى من غير أعيان ما يأخذه من السلطان بل مما اقترضته أو اشتراه فى الذمة و أما من حيث إن ما يقع من العامل بيد السائل لكونه من مال السلطان حلال لمن وجده فيتم الاستشهاد لكن فيه مع أن الاحتمال الأول مسقط للاستدلال على حل المشتبه المحصور الذى تقتضى القاعدة لزوم الاحتياط فيه لأن الاعتماد حينئذ على اليد كما لو فرض مثله فى غير الظلمة أن الحكم بالحل على هذا الاحتمال غير وجيه إلا على تقدير كون المال المذكور من الخراج و المقاسمة المباحين للشيعة إذ لو كان من صلب مال السلطان أو غيره لم يتجه حله لغير المالك بغير رضاه لأن المفروض حرمته على العامل لعدم احترام عمله و كيف كان فالرواية إما من أدلة حل مال السلطان المحمول بحكم الغلبة إلى الخراج و المقاسمة و إما من أدلة حل المأخوذ من المسلم لاحتمال كون المعطى مالكا له و لا اختصاص له بالسلطان أو عماله أو مطلق الظالم أو غيره و أين هذا من المطلب الذى هو حل ما فى يد الجائر مع العلم إجمالا بحرمة بعضه المقتضى مع حصر الشبهة للاجتناب عن جميعه

[روايات أخر]

و مما ذكرنا يظهر الكلام فى مصححة أبى المعزى: أمر بالعامل فيجيزنى بالدراهم آخذها قال نعم قلت و أحج بها قال نعم و رواية محمد بن هشام: أمر بالعامل فيصلنى بالصلة أقبلها قال نعم قلت و أحج بها قال نعم و حج بها و رواية محمد بن مسلم و زرارة عن أبى جعفر ع: جوائز السلطان ليس بها بأس

[حمل النصوص على الشبهة غير المحصورة]

إلى غير ذلك من الإطلاقات التى لا تشمل من صورة العلم الإجمالى بوجود الحرام إلا الشبهة غير المحصورة.

[محامل أخر للنصوص على فرض شمولها للشبهة المحصورة]

و على تقدير شمولها لصورة العلم الإجمالى مع انحصار الشبهة فلا- تجدى- لأن الحل فيها مستند إلى تصرف الجائر بالإباحة و التمليك و هو محمول على الصحيح مع أنه لو أغمض النظر عن هذا أو رده بشمول الأخبار لما إذا أجاز الجائر من المشتبهات فى نظره بالشبهة المحصورة و لا يجرى هنا أصالة الصحة فى تصرفه فيمكن استناد الحل فيها إلى ما ذكر سابقا من أن تردد الحرام بين ما أباحه الجائر أو ملكه و بين ما بقى تحت يده من الأموال التى لا- دخل فيها للشخص المجاز تردد بين ما ابتلى به المكلف من المشتبهين و بين ما لم يبتل به و لا يجب الاجتناب حينئذ عن شىء منهما من غير فرق بين هذه المسألة و غيرها من موارد الاشتباه مع كون أحد المشتبهين مختصا بابتلاء المكلف به ثم لو فرض نص مطلق فى حل هذه الشبهة مع قطع النظر عن التصرف و عدم الابتلاء بكلا المشتبهين لم ينهض للحكومة على قاعدة الاحتياط فى الشبهة المحصورة كما لا ينهض ما تقدم من قولهم ع كل شىء حلال إلى آخر الحديث. و مما ذكرنا يظهر أن إطلاق الجماعة لحل ما يعطيه الجائر مع عدم العلم بحرمته عينا إن كان شاملا لصورة العلم الإجمالى بوجود حرام فى الجائزة مردد بين هذا و بين غيره مع انحصار الشبهة إنما هو مستند إلى حمل تصرفه على الصحة- أو على عدم الاعتناء بالعلم الإجمالى لعدم ابتلاء المكلف بالجميع لا لكون هذه المسألة خارجة بالنص عن حكم الشبهة المحصورة. نعم قد يخدش فى حل تصرف الظالم على الصحيح- من حيث إنه مقدم على التصرف فيما فى يده من المال المشتمل على الحرام- على وجه عدم المبالاة بالتصرف فى الحرام فهو كمن أقدم على ما فى يده من المال المشتبه المختلط عنده بالحرام و لم يقل أحد بحمل تصرفه حينئذ على الصحيح لكن الظاهر أن هذه الخدشة غير مسموعة عند الأصحاب فإنهم لا يعتبرون فى الحمل على الصحيح احتمال تورع المتصرف عن التصرف الحرام لكونه حراما بل يكتفون باحتمال صدور الصحيح منه و لو لدواع أخرى- . و أما عدم الحمل فيما إذا أقدم المتصرف على الشبهة المحصورة الواقعة تحت يده فلفساد تصرفه فى ظاهر الشرع فلا يحمل على الصحيح الواقعى فتأمل فإن المقام لا يخلو عن إشكال.

[عدم ثبوت ما يدل على إلغاء قاعدة الاحتياط]

و على أى تقدير فلم يثبت من النص و لا الفتوى مع شرائط إعمال قاعدة الاحتياط فى الشبهة المحصورة عدم وجوب الاجتناب فى المقام و إلغاء تلك القاعدة. و أوضح ما فى هذا الباب من عبارات الأصحاب ما فى السرائر حيث قال إن كان يعلم أن فيه شيئا مغصوبا إلا- أنه غير متميز العين بل هو مخلوط فى غيره من أمواله أو غلاته التى يأخذها على جهة الخراج فلا بأس أيضا بشرائه منها و قبول صلته منها لأنها صارت بمنزلة المستهلك لأنه غير قادر على ردها بعينها انتهى. و قريب منها ظاهر عبارة النهاية بدون ذكر التعليل و لا ريب أن الحلى لم يستند فى تجويز أخذ المال المردد إلى النص بل إلى ما زعمه من القاعدة و لا يخفى عدم تماميتها إلا أن يريد بها الشبهة غير المحصورة بقرينة الاستهلاك فتأمل.

و أما الصورة الثالثة أن يعلم تفصيلا حرمة ما يأخذه و لا إشكال فى حرمته حينئذ على الأخذ

إلا أن الكلام فى حكمه إذا وقع فى يده

فنقول علمه بحرمته إما أن يكون قبل وقوعه فى يده و إما أن يكون بعده

[إذا علم بحرمة الجائزة قبل وقوعها فى اليد]

فإن كان قبله لم يجز له أن يأخذه بغير نية الرد إلى صاحبه سواء أخذه اختيارا أم تقية لأن أخذه بغير هذه النية تصرف لم يعلم رضا صاحبه به و التقية تتأدى بقصد الرد فإن أخذه بغير هذه النية كان غاصبا ترتبت عليه أحكامه و إن أخذه بنية الرد كان محسنا و كان فى يده أمانة شرعية

و إن كان العلم بها بعد وقوعه فی يده

كان كذلك و يحتمل قويا الضمان هنا لأنه أخذه بنية التملك لا بنية الحفظ و الرد و مقتضى عموم على اليد الضمان. و ظاهر المسالك عدم

المكاسب، ج ۱، ص ۷۰

الضمان رأسا مع القبض جاهلا- قال لأنه يد أمانة فتستصحب و حكى موافقته عن العلامة الطباطبائی رحمه الله فی مصابيحه لكن المعروف من المسالك و غيره فی مسألة ترتب الأيدی على مال الغير ضمان كل منهم و لو مع الجهل غاية الأمر رجوع الجاهل على العالم- إذا لم يقدم على أخذه مضمونا- و لا إشكال عندهم ظاهرا فی أنه لو استمر جهل القابض المتهب إن تلف فی يده كان للمالك الرجوع عليه و لا دافع لهذا المعنى مع حصول العلم بكونه مال الغير فيستصحب ضمان لا عدمه. و ذكر فی المسالك فيمن استودعه الغاصب مالا مغصوبا أنه يرده إليه مع الإمكان و لو أخذه منه قهرا ففی الضمان نظر و الذی تقتضيه قواعد الغصب أن للمالك الرجوع على أيهما شاء و إن كان قرار الضمان على الغاصب انتهى. و الظاهر أن مورد كلامه ما إذا أخذ الودعی المال من الغاصب جهلا بغصبه ثم تبين له و هو الذی حكم فيه هنا بعدم الضمان لو استرده الظالم المجيز أو تلف بغير تفريط

و على أی حال فيجب على المجاز رد الجائزة- بعد العلم بغصبيتها إلى مالكها أو وليه

و الظاهر أنه لا خلاف فی كونه فوريا. نعم تسقط بإعلام صاحبه به و ظاهر أدلة وجوب أداء الأمانة وجوب الإقباض و عدم كفاية التخلية إلا أن يدعى أنها فی مقام حرمة الحبس و وجوب التمكين لا تكليف الأمين بالإقباض و من هنا ذكر غير واحد كما عن التذكرة و المسالك و جامع المقاصد أن المراد برد الأمانة رفع اليد عنها و التخلية بينه و بينها و على هذا فيشكل حملها إليه لأنه تصرف لم يؤذن فيه إلا إذا كان الحمل مساويا لمكانة الموجود فيه أو أحفظ فإن الظاهر جواز نقل الأمانة الشرعية من مكان إلى ما لا يكون أدون من الأول فی الحفظ

[هل يجب الفحص عن المغصوب منه]

و لو جهل صاحبه وجب الفحص مع الإمكان لتوقف الأداء الواجب بمعنى التمكين و عدم الحبس على الفحص- مضافا إلى الأمر به فی الدين المجهول المالك ثم لو ادعاه مدع ففی سماع قول من يدعيه مطلقا لأنه لا معارض له- أو مع الوصف تنزيلا له منزلة اللقطة أو يعتبر الثبوت شرعا للأصل وجوه و يحتمل غير بعيد عدم وجوب الفحص لإطلاق غير واحد من الأخبار ثم إن المناط صدق اشتغال الرجل بالفحص نظير ما ذكروه فی تعريف اللقطة

و لو احتاج الفحص إلى بذل مال

كأجرة دلال صائح عليه فالظاهر عدم وجوبه على الواجد بل يتولاه الحاكم ولاية عن صاحبه- و يخرج عن العين أجرة الدلال ثم يتصدق بالباقی إن لم يوجد صاحبه و يحتمل وجوبه عليه لتوقف الواجب عليه. و ذكر جماعة فی اللقطة أن أجرة التعريف على الواجد لكن حكی عن التذكرة أنه إن قصد الحفظ دائما يرجع أمره إلى الحاكم ليبذل أجرته من بيت المال أو يستقرض على المالك أو يبيع بعضها إن رءاه أصلح و استوجه ذلك جامع المقاصد.

ثم إن الفحص لا يتقيد بالسنة

على ما ذكره الأكثر هنا بل حده اليأس و هو مقتضى الأصل- القول بوجوب الفحص سنة فی المال المغصوب إلا أن المشهور كما فی جامع المقاصد أنه إذا أودع الغاصب مال الغصب لم يجز الرد إليه بل يجب رده إلى مالكه فإن جهل عرف سنة ثم يتصدق به عنه

[تأييد ذلك برواية حفص الواردة فی اللص]

و به رواية حفص بن غياث لكن موردها فی من أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعا و اللص مسلم فهل يرد عليه فقال لا يرده فإن أمكنه أن يرده على صاحبه فعل و إلا كان فی يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا فإن أصاب صاحبها ردها عليه و إلا تصدق

بها فإن جاء صاحبها بعد ذلك خير بين الغرم و الأجر فإن اختار الأجر فالأجر له و إن اختار الغرم غرم له و كان الأجر له و قد تعدى الأصحاب من اللص إلى مطلق الغاصب بل الظالم و لم يتعدوا من الوديعة المجهول مالكها إلى مطلق ما يعطيه الغاصب و لو بعنوان غير الوديعة كما فيما نحن فيه. نعم ذكر في السرائر فيما نحن فيه أنه روى أنه بمنزلة اللقطة ففهم التعدى من الرواية. و ذكر في السرائر أن إجراء حكم اللقطة فيما نحن فيه ليس ببعيد كما أنه عكس في النهاية و التحرير فألحقا الوديعة بمطلق مجهول المالك. و الإنصاف أن الرواية يعمل بها في الوديعة و فيما أخذ من الغاصب بعنوان الحسبة للمالك لا مطلق ما أخذ منه حتى لمصلحة الآخذ فإن الأقوى فيه تحديد التعريف باليأس للأصل بعد اختصاص المخرج عنه بما عدا ما نحن فيه مضافا إلى ما ورد من الأمر بالتصدق بمجهول المالك مع عدم معرفة المالك كما في الرواية الواردة في بعض عمال بنى أمية من الأمر بالصدقة بما لا يعرف صاحبه مما يقع في يده من أموال الناس بغير حق.

ثم الحكم بالصدقة هو المشهور فيما نحن فيه أعنى جوائز الظالم

– و نسبه في السرائر إلى رواية أصحابنا فهي مرسلة مجبورة بالشهرة المحققة مؤيدة بأن التصدق أقرب طرق الإيصال. و ما ذكره الحلي من إبقائها أمانة في يده و الوصية بها معرض المال للتلف مع أنه لا يبعد دعوى شهادة حال المالك للقطع برضاه بانتفاعه بماله في الآخرة على تقدير عدم انتفاعه به في الدنيا هذا

[الحكم بالصدقة]

و العمدة ما أرسله في السرائر مؤيدا بأخبار اللقطة و ما في منزلتها و ببعض الأخبار الواردة في حكم ما في يد بعض عمال بنى أمية الشامل بإطلاقه لما نحن فيه من جوائز بنى أمية: حيث قال له ع أخرج من جميع ما اكتسبت في ديوانهم فمن عرفت منهم رددت عليه ماله و من لم تعرف تصدقت به. و يؤيده أيضا الأمر بالتصدق بما يجتمع عند الصياغين من أجزاء النقدين و ما ورد من الأمر بالتصدق بغلة الوقف المجهول أربابه و ما ورد من الأمر بالتصدق بما يبقى في ذمة الشخص لأجير استأجره و مثله مصححة يونس: فقلت جعلت فداك كنا مرافقين لقوم بمكة فارتحلنا عنهم و حملنا بعض متاعهم بغير علم و قد ذهب القوم و لا نعرفهم و لا نعرف أوطانهم و قد بقى المتاع عندنا فما نصنع به قال ع تحملونه حتى تحملوه إلى الكوفة قال يونس قلت له لست أعرفهم و لا ندرى كيف نسأل عنهم قال بعه و أعط ثمنه أصحابك قلت جعلت فداك أهل الولاية قال نعم.

نعم يظهر من بعض الروايات أن مجهول المالك مال الإمام ع

كرواية داود بن أبي يزيد عن أبي عبد الله قال: قال له رجل إني قد أصبت مالا و إني قد خفت فيه على نفسي فلو أصبت صاحبه دفعته إليه و تخلصت منه فقال له أبو عبد الله ع لو أصبته كنت تدفعه إليه فقال إي و الله فقال ع فأنا و الله ما له صاحب غيرى قال فاستحلفه أن يدفعه إلى من يأمره قال فحلف قال فاذهب فاقسمه بين إخوانك و لك الأمن مما خفت فيه قال فقسمته بين إخواني هذا.

[المناقشة فيما ذكر توجيها للحكم بالتصدق]

و أما ما ذكرناه في وجه التصدق من أنه إحسان و أنه أقرب طرق الإيصال و أن الإذن فيه حاصل بشهادة الحال فلا يصلح شيء منها للتأييد فضلا عن الاستدلال لمنع جواز كل إحسان في مال الغائب و منع كونه

المكاسب، ج۱، ص ۷۱

أقرب طرق الإيصال بل الأقرب دفعه إلى الحاكم الذى هو ولى الغائب- . و أما شهادة الحال فغير مطردة إذ بعض الناس لا يرضى بالتصدق لعدم يأسه عن وصوله إليه خصوصا إذا كان المالك مخالفا أو ذميا يرضى بالتلف و لا يرضى بالتصدق على الشيعة فمقتضى القاعدة لو لا ما تقدم من النص هو لزوم الدفع إلى الحاكم

– ثم الحاكم يتبع شهادة حال المالك فإن شهدت برضاه بالصدقة أو بالإمساك عمل عليها و إلا تخير بينهما لأن كلا منهما تصرف لم يؤذن فيه من المالك و لا بد من أحدهما و لا ضمان فيهما و يحتمل قويا تعين الإمساك لأن الشك في جواز التصدق يوجب بطلانه

لأصالة الفساد. و أما بملاحظة ورود النص بالتصدق فالظاهر عدم جواز الإمساك أمانة لأنه تصرف لم يؤذن فيه من المالك و لا الشارع- و يبقى الدفع إلى الحاكم و التصدق- .

[القول بالتخيير بين الصدقة و الدفع إلى الحاكم و المناقشة فيه]

و قد يقال إن مقتضى الجمع بينه و بين دليل ولاية الحاكم- هو التخيير بين الصدقة و الدفع إلى الحاكم فلكل منهما الولاية و يشكل بظهور النص في تعيين الصدقة. نعم يجوز الدفع إليه من حيث ولايته على مستحقي الصدقة و كونه أعرف بمواقعها

[توجيه أخبار التصدق]

و يمكن أن يقال إن أخبار التصدق واردة في مقام إذن الإمام بالصدقة- أو محمولة على بيان المصرف فإنك إذا تأملت في كثير من التصرفات الموقوفة على إذن الحاكم وجدتها واردة في النصوص على طريق الحكم العام كإقامة البينة و الإحلاف و المقاصة

[مقتضى قاعدة الاحتياط]

و كيف كان فالأحوط خصوصا بملاحظة ما دل على أن مجهول المالك مال الإمام ع مراجعة الحاكم في الدفع إليه أو استيذانه و يتأكد ذلك في الدين المجهول المالك إذا الكلي لا يتشخص للغريم إلا بقبض الحاكم الذي هو وليه و إن كان ظاهر الأخبار الواردة فيه ثبوت الولاية للمدين

ثم إن حكم تعذر الإيصال إلى المالك المعلوم تفصيلا حكم جهالة المالك

و تردده بين غير محصورين في التصدق استقلالا أو بإذن الحاكم كما صرح به جماعة منهم المحقق في الشرائع و غيره

ثم إن مستحق هذه الصدقة هو الفقير

لأنه المتبادر من إطلاق الأمر بالتصدق

و في جواز إعطائها للهاشمي قولان

من أنها صدقة مندوبة على المالك و إن وجبت على من هي بيده إلا أنه نائب كالوكيل و الوصي و من أنها مال تعين صرفه بحكم الشارع لا بأمر المالك حتى تكون مندوبة مع أن كونها من المالك غير معلوم فلعلها ممن تجب عليه

ثم إن في الضمان لو ظهر المالك و لم يرض بالتصدق و عدمه

مطلقا أو بشرط عدم ترتب يد الضمان كما إذا أخذه من الغاصب حسبة لا بقصد التمليك وجوه من أصالة براءة ذمة المتصدق- و أصالة لزوم الصدقة بمعنى عدم انقلابها عن الوجه الذي وقعت عليه- و من عموم ضمان من أتلف. و لا ينافيه إذن الشارع لاحتمال أنه أذن في التصدق على هذا الوجه- كإذنه في التصدق باللقطة المضمونة بلا خلاف و بما استودع من الغاصب و ليس هنا أمر مطلق بالتصدق ساكت عن ذكر الضمان حتى يستظهر منه عدم الضمان مع السكوت عنه و لكن يضعف هذا الوجه- بأن ظاهر دليل الإتلاف كونها علة تامة للضمان و ما نحن فيه ليس كذلك- و إيجابه للضمان مراعى بعدم إجازة المالك يحتاج إلى دليل آخر إلا أن يقال إنه ضامن بمجرد التصدق و يرتفع بإجازته فتأمل.

[عدم الضمان فيما لو كان الإتلاف إحسانا إلى المالك]

هذا مع أن الظاهر من دليل الإتلاف اختصاصه بالإتلاف على المالك لا الإتلاف له و الإحسان إليه و المفروض أن الصدقة إنما قلنا بها لكونها إحسانا و أقرب طرق الإيصال بعد اليأس من وصول إليه. و أما احتمال كون التصدق مراعى كالفضولي- فمفروض الانتفاء إذ لم يقل أحد برجوع المالك على الفقير مع بقاء العين و انتقال الثواب من شخص إلى غيره حكم شرعي و كيف كان فلا مقتضي للضمان- و إن كان مجرد الإذن في الصدقة غير مقتض لعدمه فلا بد من الرجوع إلى الأصل لكن الرجوع إلى أصالة البراءة إنما يصح فيما لم تسبق يد الضمان و هو ما إذا أخذ المال من الغاصب حسبة و أما إذا تملكه منه ثم علم بكونه مغصوبا فالأجود استصحاب الضمان في هذه الصورة لأن المتيقن هو ارتفاع الضمان بالتصرف الذي يرضى به المالك بعد الاطلاع لا مطلقا.

[الأوجه الضمان مطلقا]

فتبین أن التفصیل بین ید الضمان و غیرها أوفق بالقاعدة لکن الأوجه الضمان مطلقا إما تحکیما للاستصحاب حیث یعارض البراءة و لو بضمیمة عدم القول بالفصل و إما للمرسلة المتقدمة عن السرائر و إما لاستفادة ذلک من خبر الودیعة إن لم نتعد عن مورده إلی ما نحن فیه من جعله بحکم اللقطة لکن یستفاد منه أن الصدقة بهذا الوجه حکم الیأس عن المالک

[متی یثبت الضمان]

ثم الضمان هل یثبت بمجرد التصدق و إجازته رافعة أو یثبت بالرد من حینه أو من حین التصدق وجوه من دلیل الإتلاف و الاستصحاب و من أصالة عدم الضمان قبل الرد- و من ظاهر الروایة المتقدمة فی أنه بمنزلة اللقطة.

[هل إجازة التصدق حق موروث یرثه الوارث]

و لو مات المالک ففی قیام وارثه مقامه فی إجازة التصدق و رده وجه قوی لأن ذلک من قبیل الحقوق المتعلقة بتلک الأموال فیورث کغیره من الحقوق و یحتمل العدم لفرض لزوم التصدق بالنسبة إلی العین فلا حق لأحد فیه و المتیقن من الرجوع إلی القیمة هو المالک.

[رد المالک بعد موت المتصدق]

و لو مات المتصدق فرد المالک فالظاهر خروج الغرامة من ترکته لأنه من الحقوق المالیة اللازمة علیه بسبب فعله

[هل یضمن لو دفعه إلی الحاکم و تصدق بعد الیأس]

هذا کله علی تقدیر مباشرة المتصدق له و لو دفعه إلی الحاکم فتصدق به بعد الیأس فالظاهر عدم الضمان لبراءة ذمة الشخص بالدفع إلی ولی الغائب و تصرف الولی کتصرف المولی علیه و یحتمل الضمان- لأن الغرامة هنا لیست لأجل ضمان المال و عدم نفوذ التصرف الصادر من المتصدق حتی یفرق بین تصرف الولی و غیره لثبوت الولایة للمتصدق فی هذا التصرف لأن المفروض ثبوت الولایة له کالحاکم و لذا لا تسترد العین من الفقیر إذا رد المالک فالتصرف لازم و الغرامة حکم شرعی تعلقت بالمتصدق کائنا من کان فإذا کان المکلف بالتصدق هو من وقع فی یده لکونه هو المأیوس و الحاکم وکیلا کان الغرم علی الموکل- و إن کان المکلف هو الحاکم لوقوع المال فی یده قبل الیأس عن مالکه فهو المکلف بالفحص ثم التصدق کان الضمان علیه.

و أما الصورة الرابعة- و هو ما علم إجمالا اشتمال الجائزة علی الحرام

[صور المسألة]

فإما أن یکون الاشتباه موجبا لحصول الإشاعة و الاشتراک و إما أن لا یکون. و علی الأول فالقدر و المالک إما معلومان أو مجهولان أو مختلفان و علی الأول فلا إشکال. و علی الثانی فالمعروف إخراج الخمس علی تفصیل مذکور فی باب الخمس و لو علم القدر فقد تقدم فی القسم الثالث و لو علم المالک وجب التخلص معه بالمصالحة و علی الثانی تتعین القرعة أو البیع و الاشتراک فی الثمن و تفصیل ذلک کله فی کتاب الخمس

[انقسام الأخذ من الظالم بحسب الأحکام الخمسة و انقسام المأخوذ إلی المحرم و الواجب و المکروه]

و اعلم أن أخذ

المکاسب، ج۱، ص ۷۲

ما فی ید الظالم ینقسم باعتبار نفس الأخذ إلی الأحکام الخمسة و باعتبار نفس المال إلی المحرم و المکروه و الواجب فالمحرم ما علم کونه من مال الغیر مع عدم رضاه بالأخذ و المکروه المال المشتبه و الواجب ما یجب استنقاذه من یده من حقوق الناس حتی أنه

یجب علی الحاکم الشرعی استنقاذ ما فی ذمته من حقوق السادة و الفقراء و لو بعنوان المقاصة بل یجوز ذلک لآحاد الناس خصوصا نفس المستحقین مع تعذر استیذان الحاکم

[ما یتلفه الظالم غصبا یحتسب من دیونه]

و کیف کان فالظاهر أنه لا إشکال فی کون ما فی ذمته من قیم المتلفات غصبا من جملة دیونه نظیر ما استقر فی ذمته بقرض أو ثمن مبیع أو صداق أو غیرها. و مقتضی القاعدة کونها کذلک بعد موته فیقدم جمیع ذلک علی الإرث و الوصیة إلا أنه ذکر بعض الأساطین أن ما فی یده من المظالم تالفا- لا یلحقه حکم الدیون فی التقدیم علی الوصایا و المواریث لعدم انصراف الدین إلیه و إن کان منه و بقاء عموم الوصیة و المیراث علی حاله و للسیرة المأخوذة یدا بید من مبدإ الإسلام إلی یومنا هذا فعلی هذا لو أوصی بها بعد التلف أخرجت من الثلث و فیه منع عدم الانصراف فإنا لا نجد بعد مراجعة العرف فرقا بین ما أتلفه هذا الظالم عدوانا و بین ما أتلفه نسیانا و لا بین ما أتلفه هذا الظالم عدوانا و بین ما أتلفه شخص آخر من غیر الظلمة مع أنه لا إشکال فی جریان أحکام الدین علیه فی حال حیاته من جواز المقاصة من ماله کما هو المنصوص و لعدم تعلق الخمس و الاستطاعة و غیر ذلک فلو تم عدم الانصراف لزم إهمال الأحکام المنوطة بالدین وجودا و عدما من غیر فرق بین حیاته و موته. و ما ادعاه من السیرة فهو ناش من قلة مبالاة الناس کما هو دینهم فی أکثر السیر التی استمروا علیها و لذا لا یفرقون فی ذلک بین الظلمة و غیرهم ممن علموا باشتغال ذمتهم بحقوق الناس من جهة حق السادة و الفقراء أو من جهة العلم بفساد أکثر معاملاتهم و لا فی إنفاذ وصایا الظلمة و توریث ورثتهم بین اشتغال ذممهم بعوض المتلفات و أرش الجنایات و بین اشتغالهم بدیونهم المستقرة علیهم من معاملاتهم و صدقاتهم الواجبة علیهم و لا بین ما علم المظلوم فیه تفصیلا و بین ما لم یعلم فإنک إذا تتبعت أحوال الظلمة وجدت ما استقر فی ذممهم من جهة المعاوضات و المداینات مطلقا أو من جهة خصوص أشخاص معلومین تفصیلا أو مشتبهین فی محصور کافیا فی استغراق ترکتهم المانع من التصرف فیها بالوصیة أو الإرث. و بالجملة فالتمسک بالسیرة المذکورة أوهن من دعوی عدم الانصراف السابقة فالخروج بها عن القواعد المنصوصة المجمع علیها غیر متوجه.

الثالثة ما یأخذه السلطان المستحل لأخذ الخراج و المقاسمة من الأراضی باسمهما- و من الأنعام باسم الزکاة

اشارة

یجوز أن یقبض منه مجانا أو بالمعاوضة و إن کان مقتضی القاعدة حرمته لأنه غیر مستحق لأخذه فتراضیه مع من علیه الحقوق المذکورة فی تعیین شیء من ماله لأجلها فاسد- کما إذا تراضی الظالم مع مستأجر دار الغیر فی دفع شیء إلیه عوض الأجرة هذا مع التراضی و أما إذا قهره علی أخذ شیء بهذه العنوانات ففساده أوضح

[دعوی الإجماع علی جواز شراء ما یأخذه الجائر]

و کیف کان فما یأخذه الجائر باق علی ملک المأخوذ منه و مع ذلک یجوز قبضه من الجائر بلا خلاف یعتد به بین الأصحاب و عن بعض حکایة الإجماع علیه. قال فی محکی لأن الدلیل علی جواز شراء الثلاثة من التنقیح الجائر و إن لم یکن مستحقا له النصوص الواردة عنهم ع و الإجماع و إن لم یعلم مستنده و یمکن أن یکون مستنده- أن ذلک حق للأئمة ع و قد أذنوا لشیعتهم فی شراء ذلک فیکون تصرف الجائر کتصرف الفضولی إذا انضم إلیه إذن المالک انتهی. أقول و الأولی أن یقال إذا انضم إلیه إذن متولی الملک

كما لا يخفى.

و فى جامع المقاصد أن عليه إجماع فقهاء الإمامية و الأخبار المتواترة عن الأئمة الهداة ع و فى المسالك أطبق عليه علماؤنا و لا نعلم فيه مخالفا و عن المفاتيح أنه لا خلاف فيه و فى الرياض أنه استفاض نقل الإجماع عليه- . و قد تأيدت دعوى هؤلاء بالشهرة المحققة بين و من تأخر عنه

[الاستدلال على الجواز بلزوم الحرج و اختلال النظام من عدمه]

و يدل عليه قبل الإجماع مضافا إلى لزوم الحرج العظيم فى الاجتناب عن هذه الأموال بل اختلال النظام و إلى الروايات المتقدمة لأخذ الجوائز من السلطان خصوصا الجوائز العظام التى لا يحتمل عادة أن تكون من غير الخراج و كان الإمام ع يأبى عن أخذها أحيانا معللا بأن فيها حقوق الأمة

[الاستدلال بالروايات على جواز الشراء من الجائر]

اشارة

روايات عن أبى جعفر ع

منها صحيحة الحذاء

اشارة

قال: سألته عن الرجل منا يشترى من عمال السلطان من إبل الصدقة و غنمها و هو يعلم أنهم يأخذون منهم أكثر من الحق الذى يجب عليهم فقال ما الإبل و الغنم الأمثل الحنطة و الشعير و غير ذلك لا بأس به حتى تعرف الحرام بعينه فيجتنب قلت فما ترى فى متصدق يجيئنا فيأخذ منا صدقات أغنامنا فنقول بعناها فيبيعنا إياها فما ترى فى شرائها منه فقال إن كان قد أخذها و عزلها فلا بأس قيل له فما ترى فى الحنطة و الشعير يجيئنا القاسم فيقسم لنا حظنا و يأخذ حظه فيعزله بكيل فما ترى فى شراء ذلك الطعام منه فقال إن كان قد قبضه بكيل و أنتم حضور فلا بأس بشرائه منهم بغير كيل. دلت هذه الرواية على أن شراء الصدقات من الأنعام و الغلات من عمال السلطان كان مفروغ الجواز عند السائل و إنما سأل أولا عن الجواز مع العلم الإجمالى بحصول الحرام فى أيدى العمال و ثانيا من جهة توهم الحرمة أو الكراهة فى شراء ما يخرج فى الصدقة كما ذكر فى باب الزكاة و ثالثا من جهة كفاية الكيل الأول و بالجملة ففى هذه الرواية سؤالا و جوابا إشعار بأن الجواز كان من الواضحات غير المحتاجة إلى السؤال و إلا لكان أصل الجواز أولى بالسؤال حيث إن ما يأخذونه باسم الزكاة معلوم الحرمة تفصيلا فلا فرق بين أخذ الحق الذى يجب عليهم و بين أخذ أكثر منه. و يكفى قوله ع حتى تعرف الحرام بعينه فى الدلالة على مفروغية حل ما يأخذونه من الحق و أن الحرام هو الزائد و المراد بالحلال هو الحلال بالنسبة إلى من ينتقل إليه و إن كان حراما بالنسبة إلى الجائر الآخذ له بمعنى معاقبته على أخذه و ضمانه و حرمة التصرف فى ثمنه

[دفع ما قيل من أن الرواية مختصة بالشراء]

ففى وصفه ع للمأخوذ بالحلية- دلالة على عدم اختصاص الرخصة بالشراء بل يعم جميع أنواع الانتقال إلى الشخص. فاندفع ما قيل إن

الروایة مختصة بالشراء فلیقتصر فی مخالفة القواعد علیه

[مناقشة الفاضل القطیفی و المحقق الأردبیلی و الجواب عنها]

ثم الظاهر من الفقرة الثالثة السؤال و الجواب عن حکم المقاسمة فاعتراض الفاضل القطیفی الذی صنف فی الرد علی رسالة المحقق الکرکی المسماة بقاطعة اللجاج فی حل الخراج رسالة زیف فیها جمیع ما فی الرسالة من أدلة الجواز بعدم دلالة الفقرة الثانیة علی حکم المقاسمة و احتمال کون القاسم هو زارع الأرض- أو وکیله ضعیف جدا و تبعه علی هذا الاعتراض المحقق الأردبیلی و زاد علیه ما سکت هو عنه من عدم دلالة الفقرة الأولی علی حل شراء الزکاة بدعوی أن قوله ع

المکاسب، ج ۱، ص ۷۳

لا بأس حتی تعرف الحرام بعینه لا یدل إلا علی جواز شراء ما کان حلالا بل مشتبها و عدم جواز شراء ما کان معروفا أنه حرام بعینه و لا یدل علی جواز شراء الزکاة بعینها صریحا. نعم ظاهرها ذلک لکن لا ینبغی الحمل علیه لمنافاته العقل و یمکن أن یکون سبب الإجمال فیه التقیة. و یؤید عدم الحمل علی الظاهر أنه غیر مراد بالاتفاق إذ لیس بحلال ما أخذه الجائر فتأمل انتهی. و أنت خبیر بأنه لیس فی العقل ما یقتضی قبح الحکم المذکور و أی فارق بین هذا و بین ما أحلوه لشیعتهم مما فیه حقوقهم و لا فی النقل إلا عمومات قابلة للتخصیص بمثل هذه الصحیحة و غیرها المشهورة بین الأصحاب روایة و عملا مع نقل الاتفاق عن جماعة و أما الحمل علی التقیة فلا یجوز بمجرد معارضة العمومات کما لا یخفی.

و منها روایة إسحاق بن عمار

قال: سألته عن الرجل یشتری من العامل و هو یظلم قال یشتری منه ما لم یعلم أنه ظلم فیه أحدا. وجه الدلالة أن الظاهر أن الشراء من العامل شراء ما هو عامل فیه و هو الذی یأخذه من الحقوق من قبل السلطان. نعم لو بنی علی المناقشة احتمل أن یرید السائل شراء أملاک العامل منه مع علمه بکونه ظالما غاصبا فیکون سؤالا عن معاملة الظلمة لکنه خلاف الإنصاف و إن ارتکبه صاحب الرسالة.

و منها روایة أبی بکر الحضرمی

قال: دخلت علی أبی عبد الله ع و عنده ابنه إسماعیل فقال ما یمنع ابن أبی سماک أن یخرج شباب الشیعة فیکفونه ما یکفیه الناس و یعطیهم ما یعطی الناس قال ثم قال لی لم ترکت عطاءک قلت مخافة علی دینی قال ما منع ابن أبی سماک أن یبعث إلیک بعطائک أ ما علم أن لک فی بیت المال نصیبا. فإن ظاهره حل ما یعطی من بیت المال عطاء أو أجرة للعمل فیما یتعلق به بل قال المحقق الکرکی إن هذا الخبر نص فی الباب لأنه ع بین أن لا خوف علی السائل فی دینه لأنه لم یأخذ إلا نصیبه من بیت المال و قد ثبت فی الأصول تعدی الحکم بتعدی العلة المنصوصة انتهی و إن تعجب منه الأردبیلی رحمه الله فقال أنا ما فهمت منه دلالة ما و ذلک لأن غایته ما ذکر و قد یکون الشیء من بیت المال [و] یجوز أخذه و إعطاؤه للمستحقین بأن یکون منذورا أو وصیة لهم بأن یعطیهم ابن أبی سماک و غیر ذلک انتهی. و قد تبع فی ذلک صاحب الرسالة حیث قال إن الدلیل لا إشعار فیه بالخراج. أقول الإنصاف أن الروایة ظاهرة فی حل ما فی بیت المال مما یأخذه الجائر.

و منها الأخبار الواردة فی أحکام تقبل الخراج من السلطان

اشارة

علی وجه یستفاد من بعضها کون أصل التقبل مسلم الجواز عندهم.

و منها صحیحة الحلبی

عن أبی عبـد الله ع فی جملـة الحدیث قال: لا بأس بأن یتقبل الرجل الأرض و أهلها من السـلطان و عن مزارعة أهل الخراج بالنصف و الربع و الثلث قال نعم لا بأس به و قد قبل رسول الله ص خیبر أعطاها الیهود حیث فتحت علیه بالخبر و الخبر هو النصف

و منها الصحیح عن إسماعیل بن الفضل الهاشمی

عن أبی عبد الله ع قال: سألته فی الرجل یتقبل خراج الرجال و جزیة رءوسـهم و خراج النخل و الشجر و الآجام و المصائد و السمک و الطیر و هو لا یـدری لعـل هـذا لا یکون أبـدا أو یکون أ یشتریه أو فی أی زمـان یشتریه یتقبل منه فقال إذا علمت أن من ذلک شـیئا واحدا قد أدرک فاشتره و تقبل به.

و نحوها الموثق المروی فی الکافی و التهذیب عن إسماعیل بن الفضل الهاشمی

بأدنی تفاوت.

و روایة الفیض بن المختار

قال: قلت لأبی عبد الله ع جعلت فداک ما تقول فی الأرض أتقبلها من السلطان ثم أؤاجرها من أکرتی علی أن ما أخرج الله تعالی منها من شیء کان لی من ذلک النصف أو الثلث بعد حق السلطان قال لا بأس کذلک أعامل أکرتی
إلی غیر ذلک من الأخبار الواردة فی باب قبالة الأرض و استیجار أرض الخراج من السلطان ثم إجارتها للزارع بأزید من ذلک

و قد یستدل بروایات أخری لا تخلو عن قصور فی الدلالة

منها الصحیح عن جمیل بن صالح

قـال: أرادوا بیع تمر عین أبی زیـاد فـأردت أن أشتریه فقلت لا حتی أسـتأذن أبا عبـد الله ع فسألت معاذا أن یسـتأمره فسأله فقال قل له فلیشتره فإنه إن لم یشتره اشتراه غیره و دلالته مبنیـة علی کون عین أبی زیاد من الأملاک الخراجیـة و لعلها من الأملاک المغصوبة من الإمام أو غیره الموقوف اشتراء حاصلها علی إذن الإمام ع و یظهر من بعض الأخبار أن عین أبی زیاد کانت ملکا لأبی عبد الله ع.

و منها صحیحة عبد الرحمن بن الحجاج

قال: قال لی أبو الحسن موسـی ع ما لک لا تدخل مع علی فی شـراء الطعام إنی أظنک ضـیقا قال قلت نعم فإن شـئت وسعت علی قال اشتره. و بالجملة ففی الأخبار المتقدمة غنی عن ذلک

و ینبغی التنبیه علی أمور

الأول أن ظاهر عبارات الأکثر بل الکل أن الحکم مختص بما یأخذه السلطان

فقبل أخذه الخراج لا یجوز المعاملة علیه بشـراء ما فی ذمة مستعمل الأرض أو الحوالة علیه و نحو ذلک و به صـرح السـید العمید فیما

حکی من شرحه علی النافع حیث قال إنما یحل ذلک بعد قبض السلطان أو نائبه و لذا قال المصنف یأخذه انتهی. لکن صریح جماعهٔ عدم الفرق بل صرح المحقق الثانی بالإجماع- علی عدم الفرق بین القبض و عدمه و فی الریاض صرح بعدم الخلاف و هذا هو الظاهر من الأخبار المتقدمهٔ الواردهٔ فی قبالهٔ الأرض و جزیهٔ الرءوس حیث دلت علی أنه یحل ما فی ذمهٔ مستعمل الأرض من الخراج لمن تقبل الأرض من السلطان. و الظاهر من الأصحاب فی باب المساقاهٔ- حیث یذکرون أن خراج السلطان علی مالک الأشجار إلا أن یشترط خلافه إجراء ما یأخذه العادل فی إبراء ذمهٔ مستعمل الأرض- الذی استقر علیه أجرتها بأداء غیره بل ذکروا فی المزارعهٔ أیضا أن خراج الأرض کما فی کلام الأکثر أو الأرض الخراجیهٔ کما فی الغنیهٔ و السرائر علی مالکها و إن کان یشکل توجیهه من جههٔ عدم مالک للأراضی الخراجیهٔ و کیف کان فالأقوی أن المعاملهٔ علی الخراج جائزهٔ و لو قبل قبضها. و أما تعبیر الأکثر بما یأخذه فالمراد به إما الأعم مما یبنی علی أخذه و لو لم یأخذه فعلا و إما المأخوذ فعلا لکن الوجه فی تخصیص العلماء العنوان به جعله کالمستثنی من جوائز السلطان التی حکموا بوجوب ردها علی مالکها إذا علمت حراما بعینها فافهم- . و یؤید الثانی سیاق کلام بعضهم حیث یذکرون هذه المسألهٔ عقیب مسألهٔ الجوائز خصوصا عبارهٔ القواعد حیث صرح بتعمیم الحکم بقوله و إن عرفت أربابه فافهم. و یؤید الأول أن المحکی عن الشهید عن حواشیه علی القواعد أنه علق علی قول العلامهٔ أن الذی یأخذه الجائر إلی آخر قوله و إن لم یقبضها الجائر انتهی.

الثانی [هل للجائر سلطنهٔ علی أخذ الخراج فلا یجوز منعه منه]

اشارهٔ

هل یختص الخراج من حیث الخروج عن قاعدهٔ کونه مالا- مغصوبا محرما بمن ینتقل إلیه فلا استحقاق للجائر فی أخذه أصلا فلم یمض الشارع من هذه المعاملهٔ إلا حل ذلک

المکاسب، ج ۱، ص ۷۴

للمنتقل إلیه أو یکون الشارع قد أمضی سلطنهٔ الجائر علیه فیکون منعه عنه أو عن بدله المعوض عنه فی العقد معه حراما

صریح الشهیدین و المحکی عن جماعهٔ ذلک

. قال المحقق الکرکی فی رسالته ما زلنا نسمع من کثیر ممن عاصرناهم و لا سیما شیخنا الأعظم الشیخ علی بن هلال رحمه الله أنه لا یجوز لمن علیه الخراج سرقته و لا- جحوده و لا- منعه و لا- شیء منه- لأن ذلک حق واجب علیه انتهی و فی المسالک فی باب الأرضین- و ذکر الأصحاب أنه لا یجوز لأحد جحدها و لا منعها و لا التصرف فیها بغیر إذنه- بل ادعی بعضهم الاتفاق علیه انتهی و فی آخر کلامه أیضا أن ظاهر الأصحاب أن الخراج و المقاسمهٔ لازم للجائر حیث یطلبه أو یتوقف علی إذنه انتهی و علی هذا عول بعض الأساطین فی شرحه علی القواعد حیث قال و تقوی حرمهٔ سرقهٔ الحصهٔ و خیانتها و الامتناع من تسلیم ثمنها بعد شرائها إلی الجائر و إن حرمت علیه و دخل تسلیمها فی الإعانهٔ علی الإثم فی البدایهٔ أو الغایهٔ لنص الأصحاب علی ذلک و دعوی الإجماع علیه انتهی أقول إن أرید منع الحصهٔ مطلقا فتصرف فی الأرض من دون أجرهٔ فله وجه لأنها ملک المسلمین فلا بد لها من أجرهٔ تصرف فی مصالحهم و إن أرید منعها من خصوص الجائر فلا دلیل علی حرمته لأن اشتغال ذمهٔ مستعمل الأرض بالأجرهٔ لا یوجب دفعها إلی الجائر بل یمکن القول بأنه لا یجوز مع التمکن لأنه غیر مستحق فیسلم إلی العادل أو نائبه الخاص أو العام و مع التعذر یتولی صرفه فی

المصالح حسبة

مع أن في بعض الأخبار ظهورا في جواز الامتناع

مثل صحيحة زرارة:

اشترى ضريس بن عبد الملك و أخوه أرزا من هبيرة بثلاثمائة ألف درهم قال قلت له ويلك أو ويحك انظر إلى خمس هذا المال فابعث به إليه و احتبس الباقي قال فأبى علي و أدى المال و قدم هؤلاء فذهب أمر بني أمية قال فقلت ذلك لأبي عبد الله ع فقال مبادرا للجواب هو له هو له فقلت له إنه أداها فعض على إصبعه فإن أوضح محامل هذا الخبر أن يكون الأرز من المقاسمة و أما حمله على كونه من الناصب أعني هبيرة أو بعض بني أمية فيكون دليلا على حل مال الناصب بعد إخراج خمسة كما استظهرها في الحدائق فقد ضعف في محله بمنع هذا الحكم و مخالفته لاتفاق أصحابنا كما حقق في باب الخمس و إن ورد بها غير واحد من الأخبار و أما الأمر بإخراج الخمس في هذه الرواية فلعله من جهة اختلاط مال المقاسمة بغيره من وجوه الحرام فيجب تخميسه أو من جهة احتمال اختلاطه بالحرام فيستحب تخميسه كما تقدم في جوائز الظلمة.

و ما روي: من أن علي بن يقطين قال له الإمام [أبو الحسن موسى] ع إن كنت و لا بد فاعلا فاتق أموال الشيعة

و [قال فأخبرني علي] أنه كان يجبيها من الشيعة علانية و يردها عليهم في السر

قال المحقق الكركي في قاطعة اللجاج

إنه يمكن أن يكون المراد به ما يجعل عليهم من وجوه الظلم المحرمة و يمكن أن يراد به وجوه الخراج و المقاسمات و الزكوات لأنها و إن كانت حقا عليهم لكنها ليست حقا للجائر فلا يجوز جمعه لأجله إلا عند الضرورة و ما زلنا نسمع من كثير ممن عاصرناهم و لا سيما شيخنا الأعظم إلى آخر ما تقدم نقله عنه عن مشايخه

[مناقشة كلام المحقق الكركي]

أقول ما ذكره من الحمل على وجوه الظلم المحرمة مخالف لظاهر العام في قول الإمام ع فاتق أموال الشيعة فالاحتمال الثاني أولى لكن بالنسبة إلى ما عدا الزكوات لأنها كسائر وجوه الظلم المحرمة خصوصا بناء على عدم الاجتزاء بها عن الزكاة الواجبة لقوله ع: إنما هؤلاء قوم غصبوكم أموالكم و إنما الزكاة لأهلها و قوله ع: لا تعطوهم شيئا ما استطعتم فإن المال لا ينبغي أن يزكى مرتين. و فيما ذكره المحقق من الوجه الثاني- دلالة على أن مذهبه ليس وجوب دفع الخراج و المقاسمة إلى خصوص الجائر و جواز منعه عنه و إن نقل بعد عن مشايخه في كلامه المتقدم ما يظهر منه خلاف ذلك- لكن يمكن بل لا يبعد أن يكون مراد مشايخه المنع عن سرقة الخراج أو جحوده رأسا حتى عن نائب العادل لا- منعه عن خصوص الجائر مع دفعه إلى نائب العادل أو صرفه حسبة في وجوه بيت المال كما يشهد لذلك تعليل المنع بكونه حقا واجبا عليه فإن وجوبه عليه إنما يقتضي حرمة منعه رأسا لا عن خصوص الجائر لأنه ليس حقا واجبا له. و لعل ما ذكرناه هو مراد المحقق حيث نقل هذا المذهب عن مشايخه رحمهم الله بعد ما ذكره من التوجيه المتقدم بلا فصل من دون إشعار بمخالفته لذلك الوجه و مما يؤيد ذلك أن المحقق المذكور بعد ما ذكر أن هذا يعني حل ما يأخذه الجائر من الخراج و المقاسمة مما وردت به النصوص و أجمع عليه الأصحاب بل المسلمون قاطبة قال فإن قلت فهل يجوز أن يتولى من له النيابة حال الغيبة ذلك أعني الفقيه الجامع للشرائط قلنا لا نعرف للأصحاب في ذلك تصريحا لكن من جوز للفقهاء حال الغيبة تولي استيفاء الحدود و غير ذلك من توابع منصب الإمامة ينبغي له تجويز ذلك بطريق أولى- و لا سيما المستحقون لذلك موجودون في كل عصر- و من تأمل في أقوال كبراء علمائنا الماضين مثل علم الهدى و علم المحققين نصير الملة و الدين و بحر العلوم جمال الملة

و الـدين العلامـة و غيرهم نظر متأمـل منصف لم يشـك فى أنهم كـانوا يسـلكون هـذا المسـلك و مـا كـانوا يودعون فى كتبهم إلا ما يعتقـدون صـحته انتهى. و حمل ما ذكره من تولى الفقيه على صورة عـدم تسـلط الجائر خلاف الظاهر و أما قوله و من تأمل إلى آخره فهو استشهاد على أصل المطلب- و هو حل ما يؤخذ من السلطان من الخراج على وجه الاتهاب و من الأراضى على وجه الانقطاع و لا دخل له بقوله فإن قلت قلنا أصلا فإن علماءنا المذكورين و غيرهم لم يعرف منهم الاستقلال على أراضى الخراج بغير إذن السلطان.

[ما قاله الشهيد فى حرمة منع الخراج و توجيهه]

و ممن يتراءى منه القول بحرمة منع الخراج عن خصوص الجائر شيخنا الشهيد فى الدروس حيث قال يجوز شراء ما يأخذه الجائر باسم الخراج و المقاسـمة و الزكاة و إن لم يكن مسـتحقا له ثم قال و لا يجب رد المقاسـمة و شبهها على المالك و لا يعتبر رضاه و لا يمنع تظلمه من الشـراء و كـذا لو علم أن العامل يظلم إلا أن يعلم الظلم بعينه نعم يكره معاملـة الظلمة و لا يحرم لقول الإمام الصادق ع: كل شيء فيه حلال و حرام فهو حلال حتى تعرف الحرام بعينه و لا فرق بين قبض الجائر إياها أو وكيله و بين عـدم القبض فلو أحاله بها و قبل الثلاثة- أو وكله فى قبضـها أو باعها و هى فى يد المالك أو فى ذمته جاز التناول و يحرم على المالك المنع- و كما يجوز الشراء تجوز سـائر المعاوضات و الوقف و الهبـة و الصدقـة و لا يحل تناولها بغير ذلك انتهى لكن الظاهر من قوله و يحرم على المالك المنع أنه عطف على قوله جاز التناول فيكون من أحكام الإحالة بها و التوكيل و البيع فالمراد منع المالك المحال و

المكاسب، ج۱، ص ۷۵

المشترى عنها و هذا لا إشكال فيه لأن اللازم من فرض صحة الإحالة و الشراء تملك المحال و المشترى فلا يجوز منعهما عن ملكهما. و أما قوله رحمه الله و لا يحل تناولها بغير ذلك فلعل المراد به ما تقـدم فى كلام مشايـخ الكركى من إرادة تناولها بغير إذن أحد حتى الفقيه النائب عن السـلطان العادل و قد عرفت أن هذا مسـلم فتوى و نصا- و أن الخراج لا يسقط من مستعملى أراضى المسلمين ثم إن ما ذكره من جواز الوقف لا يناسب ذكره فى جملة التصرفات فيما يأخذه الجائر و إن أراد وقف الأرض المأخوذة منه إذا نقلها السلطان إليه لبعض مصالح المسلمين فلا يخلو عن إشكال

[توجيه كلام الشهيد الثانى فى حرمة منع الخراج]

و أما ما تقـدم من المسالك من نقل الاتفاق على عـدم جواز المنع عن الجائر و الجحود فالظاهر منه أيضا ما ذكرناه من جحود الخراج و منعه رأسـا لا عن خصوص الجائر مع تسـليمه إلى الفقيه النائب عن العادل فإنه رحمه الله بعـد ما نقلنا عنه من حكايـة الاتفاق قال بلا فصل و هل يتوقف التصـرف فى هذا القسم- على إذن الحـاكم الشـرعى إذا كان متمكنا من صرفها على وجهها بناء على كونه نائبا عن المسـتحق- و مفوضـا إليه مـا هو أعظم من ذلك الظاهر ذلك و حينئـذ يجب عليه صـرف حاصـلها فى مصالـح المسـلمين و مع عـدم التمكن أمرهـا إلى الجـائر. و أمـا جواز التصـرف فيهـا كيف اتفق لكـل واحـد من المسـلمين فبعيـد جـدا بل لم أقف على قائل به لأن المسـلمين بين قائـل بأولويـة الجـائر و توقـف التصـرف على إذنه و بين مفـوض الأـمر إلى الإمـام ع و مـع غيبته يرجـع الأـمر إلى نـائبه فالتصرف بدونهما لا دليل عليه انتهى. و ليس مراده رحمه الله من التوقف التوقف على إذن الحاكم بعد الأخذ من الجائر و لا خصوص صورة عدم استيلاء الجائر على الأرض كما لا يخفى

و كيف كان فقد تحقق مما ذكرناه أن غاية ما دلت عليه النصوص و الفتاوى كفاية إذن الجائر فى حل الخراج

و كون تصرفه بالإعطاء و المعاوضة و الإسقاط و غير ذلك نافذا و أما انحصاره بذلك فلم يدل عليه دليل و لا أمارة بل لو نوقش فى كفاية تصرفه فى الحلية و عدم توقفها على إذن الحاكم الشرعى مع التمكن بناء على أن الأخبار الظاهرة فى الكفاية منصرفة إلى الغالب من عدم تيسر استيذان الإمام ع أو نائبه أمكن ذلك إلا أن المناقشة فى غير محلها لأن المستفاد من الأخبار الإذن العام من الأئمة الأطهار ع بحيث لا يحتاج بعد ذلك إلى إذن خاص فى الموارد الخاصة منهم ع و لا من نوابهم

[عدم نفوذ إذن الجائر فيما لا تسلط له عليه]

هذا كله مع استيلاء الجائر على تلك الأرض و التمكن من استيذانه و أما مع عدم استيلائه على أرض خراجية لقصور يده عنها لعدم انقياد أهلها له ابتداء أو طغيانهم عليه بعد السلطنة عليهم فالأقوى خصوصا مع عدم الاستيلاء ابتداء عدم جواز استيذانه و عدم مضى إذنه فيها كما صرح به بعض الأساطين حيث قال بعد بيان أن الحكم مع حضور الإمام مراجعته أو مراجعة الجائر مع التمكن و أما مع فقد سلطان الجور أو ضعفه عن التسلط أو عدم التمكن من مراجعته فالواجب الرجوع إلى الحاكم الشرعى إذ ولاية الجائر إنما ثبتت على من دخل فى قسم رعيته حتى يكون فى سلطانه و يكون مشمولا لحفظه من الأعداء و حمايته فمن بعد عن سلطانهم أو كان على الحد فيما بينهم أو يقوى عليهم فخرج عن مأموريتهم فلا يجرى عليه حكمهم اقتصارا على المقطوع به من الأخبار و كلام الأصحاب فى قطع الحكم بالأصول و القواعد و تخصيص ما دل على المنع عن الركون إليهم و الانقياد لهم.

الثالث [هل يحل ما يعتقده الجائر خراجيا و إن كان عندنا من الأنفال أم يثبت حق الاختصاص]

أن ظاهر الأخبار و إطلاق الأصحاب حل الخراج و المقاسمة المأخوذين من الأراضى التى يعتقد الجائر كونها خراجية و إن كانت عندنا من الأنفال و هو الذى يقتضيه نفى الحرج. نعم مقتضى بعض أدلتهم و بعض كلماتهم هو الاختصاص فإن العلامة قد استدل فى كتبه على حل الخراج و المقاسمة بأن هذا مال لا يملكه الزارع و لا صاحب الأرض بل هو حق الله عز و جل أخذه غير مستحقة فبرأت ذمته و جاز شراؤه و هذا الدليل و إن كان فيه ما لا يخفى من الخلل إلا أنه كاشف عن اختصاص محل الكلام بما كان من الأراضى التى لها حق على الزارع و ليست الأنفال كذلك لكونها مباحة للشيعة. نعم لو قلنا بأن غيرهم يجب عليه أجرة الأرض كما لا يبعد أمكن تحليل ما يأخذه منهم الجائر بالدليل المذكور لو تم و مما يظهر منه الاختصاص ما تقدم من الشهيد و مشايخ المحقق الثانى من حرمة جحود الخراج و المقاسمة معللين ذلك بأن ذلك حق عليه فإن الأنفال لا حق و لا أجرة فى التصرف فيها و كذا ما تقدم من التنقيح حيث ذكر بعد دعوى الإجماع على الحكم أن تصرف الجائر فى الخراج و المقاسمة من قبيل تصرف الفضولى إذا أجاز المالك. و الإنصاف أن كلمات الأصحاب بعد التأمل فى أطرافها ظاهرة فى الاختصاص بأراضى المسلمين خلافا لما استظهره المحقق الكركى قدس سره من كلمات الأصحاب و إطلاق الأخبار مع أن الأخبار أكثرها لا عموم فيها و لا إطلاق- . نعم بعض الأخبار الواردة فى المعاملة على الأراضى الخراجية التى جمعها صاحب الكفاية شاملة لمطلق الأرض المضروب عليها الخراج من السلطان. نعم لو فرض أنه ضرب الخراج على ملك غير الإمام أو على ملك الإمام لا بالإمامة أو على الأراضى التى أسلم أهلها عليها طوعا لم يدخل فى منصرف الأخبار قطعا و لو أخذ الخراج من الأرض المجهولة المالك معتقدا لاستحقاقه إياها ففيه وجهان.

الرابع ظاهر الأخبار و منصرف كلمات الأصحاب الاختصاص بالسلطان المدعى للرئاسة العامة و عماله

اشارة

الرابع ظاهر الأخبار و منصرف كلمات الأصحاب الاختصاص بالسلطان المدعى للرئاسة العامة و عماله
فلا يشـمل من تسـلط على قرية أو بلدة خروجا على سـلطان الوقت فيأخذ منهم حقوق المسـلمين. نعم ظاهر الدليل المتقدم من العلامة شموله له لكنك عرفت أنه قاصر عن إفادة المدعى كما أن ظاهره عدم الفرق بين السلطان المخالف المعتقد لاستحقاق أخذ الخراج و المؤمن و الكافر و إن اعترفا بعدم الاستحقاق إلا أن ظاهر الأخبار الاختصاص بالمخالف

و المسألة مشكلة

من اختصاص موارد الأخبار بالمخالف المعتقد لاستحقاق أخذه و لا عموم فيها لغير المورد فيقتصر فى مخالفة القاعدة عليه و من لزوم الحرج- و دعوى الإطلاق فى بعض الأخبار المتقدمة مثل قوله ع فى صحيحة الحلبى: لا بأس بأن يتقبل الرجل الأرض و أهلها من السلطان و قوله ع فى صحيحة محمد بن مسلم: كل أرض دفعها إليك سلطان فعليك فيما أخرج الله منها الذى قاطعك عليه و غير ذلك

[دفع بعض وجوه الإشكال]

و يمكن أن يرد لزوم الحرج بلزومه على كل تقدير لأن المفروض أن السلطان المؤمن خصوصا فى هذه الأزمنة
المكاسب، ج ۱، ص ۷۶
يأخذ الخراج عن كل أرض و لو لم تكن خراجية و أنهم يأخذون كثيرا من وجوه الظلم المحرمة منضما إلى الخراج و ليس الخراج ممتازا عندهم عن سائر ما يأخذونه ظلما من العشور و سائر ما يظلمون به الناس كما لا يخفى على من لاحظ سيرة عمالهم فلا بد إما من الحكم بحل ذلك كله لدفع الحرج و إما من الحكم بكون ما فى يد السلطان و عماله من الأموال المجهولة المالك و أما الإطلاقات فهى مضافا إلى إمكان دعوى انصرافها إلى الغالب كما فى المسالك مسوقة لبيان حكم آخر كجواز إدخال أهل الأرض الخراجية فى تقبل الأرض فى صحيحة الحلبى لدفع توهم حرمة ذلك كما يظهر من أخبار أخرى- و كجواز أخذ أكثر مما تقبل به الأرض من السلطان فى رواية الفيض بن المختار و كغير ذلك من أحكام قبالة الأرض و استيجارها فيما عداها من الروايات. و الحاصل أن الاستدلال بهذه الأخبار على عدم البأس بأخذ أموالهم- مع اعترافهم بعدم الاستحقاق مشكل

[ما يدل على عدم شمول كلمات الأصحاب للجائر المؤمن]

و مما يدل على عدم شمول كلمات الأصحاب أن عنوان المسألة فى كلامهم ما يأخذه الجائر لشبهة المقاسمة أو الزكاة كما فى المنتهى أو باسم الخراج و المقاسمة كما فى غيره. و ما يأخذه الجائر المؤمن ليس لشبهة الخراج و المقاسمة لأن المراد بشبهتهما- شبهه استحقاقهما الحاصلة فى مذهب العامة نظير شبهه تملك سائر ما يأخذون مما لا يستحقون لأن مذهب الشيعة أن الولاية فى الأراضى الخراجية إنما هى للإمام أو نائبه الخاص أو العام فما يأخذه الجائر المعتقد لذلك- إنما هو شىء يظلم به فى اعتقاده معترفا بعدم براءة ذمة زارع الأرض من أجرتها شرعا نظير ما يأخذه من الأملاك الخاصة التى لا خراج عليها أصلا و لو فرض حصول شبهه الاستحقاق لبعض سلاطين الشيعة من بعض الوجوه لم يدخل ذلك فى عناوين الأصحاب قطعا لأن مرادهم من الشبهة الشبهة من حيث

المذهب التى أمضاها الشارع للشيعة لا الشبهة فى نظر شخص خاص لأن الشبهة الخاصة إن كانت عن سبب صحيح كاجتهاد أو تقليد فلا إشكال فى حليته له و استحقاقه للآخذ بالنسبة إليه و إلا كانت باطلة غير نافذة فى حق أحد.

[ما يؤيد عدم شمول الكلمات للجائر الموافق]

و الحاصل أن آخذ الخراج و المقاسمة لشبهة الاستحقاق فى كلام الأصحاب ليس إلا الجائر المخالف و مما يؤيده أيضا عطف الزكاة عليها مع أن الجائر الموافق لا يرى لنفسه ولاية جباية الصدقات و كيف كان فالذى أتخيل أنه كلما ازداد المنصف المتأمل فى كلماتهم يزداد له هذا المعنى وضوحا فما أطنب به بعض فى دعوى عموم النص و كلمات الأصحاب مما لا ينبغى أن يغتر به

[تفسير الفاضل القطيفى للجائر]

و لأجل ما ذكرنا و غيره فسر صاحب إيضاح النافع- الجائر [الواقع] فى عبارة النافع بالمخالف فالقول بالاختصاص كما استظهره فى المسالك و جزم به فى إيضاح النافع و جعله الأصح فى الرياض لا يخلو عن قوة.

[لزوم مراجعة الحاكم الشرعى]

فينبغى فى الأراضى التى بيد الجائر الموافق فى المعاملة على عينها أو على ما يؤخذ عليها مراجعة الحاكم الشرعى

و لو فرض ظهور سلطان مخالف لا يرى نفسه مستحقا لجباية تلك الوجوه

و إنما أخذ ما يأخذ نظير ما يأخذه على غير الأراضى الخراجية من الأملاك الخاصة فهو أيضا غير داخل فى منصرف الأخبار و لا فى كلمات الأصحاب فحكمه حكم السلطان الموافق

و أما السلطان الكافر

فلم أجد فيه نصا. و ينبغى لمن تمسك بإطلاق النص و الفتوى التزام دخوله فيهما لكن الإنصاف انصرافهما إلى غيره مضافا إلى ما تقدم فى السلطان الموافق من اعتبار كون الأخذ بشبهة الاستحقاق و قد تمسك فى ذلك بعض بنفى السبيل للكافر على المؤمن فتأمل.

الخامس الظاهر أنه لا يعتبر فى حل الخراج المأخوذ أن يكون المأخوذ منه ممن يعتقد استحقاق الأخذ للآخذ

فلا فرق حينئذ بين المؤمن و المخالف و الكافر لإطلاق بعض الأخبار المتقدمة- و اختصاص بعضها الآخر بالمؤمن كما فى روايتى الحذاء و إسحاق بن عمار و بعض روايات قبالة الأراضى الخراجية و لم يستبعد بعض اختصاص الحكم بالمأخوذ من معتقد استحقاق الأخذ مع اعترافه بأن ظاهر الأصحاب التعميم و كأنه أدخل هذه المسألة يعنى مسألة حل الخراج و المقاسمة فى القاعدة المعروفة من إلزام الناس بما ألزموا به أنفسهم و وجوب المضى معهم فى أحكامهم على ما يشهد به تشبيه بعضهم ما نحن فيه باستيفاء الدين من الذمى من ثمن ما باعه من الخمر و الخنزير و الأقوى أن المسألة أعم من ذلك و أن الممضى فيما نحن فيه تصرف الجائر فى تلك الأراضى مطلقا.

السادس ليس للخراج قدر معين

اشارة

بل المناط فيه ما تراضى فيه السلطان و مستعمل الأرض لأن الخراج هى أجرة الأرض فيناط برضا الموجر و المستأجر. نعم لو استعمل أحد الأرض قبل تعيين الأجرة تعين عليه أجرة المثل و هى مضبوطة عند أهل الخبرة و أما قبل العمل فهو تابع لما يقع التراضى عليه و نسب ما ذكرناه إلى ظاهر الأصحاب و يدل عليه قول أبى الحسن ع فى مرسلة حماد بن عيسى: و الأرضون التى أخذت عنوة بخيل أو ركاب فهى موقوفة متروكة فى يدى من يعمرها و يحييها و يقوم عليها على ما صالحهم الوالى- على قدر طاقتهم من الحق الخراج النصف أو الثلث أو الثلثين على قدر ما يكون لهم صلاحا و لا يضرهم إلى آخر الحديث.

حكم ما إذا كان الخراج المجعول مضرا بحال المزارعين]

و يستفاد منه أنه إذا جعل عليهم من الخراج أو المقاسمة ما يضر بهم لم يجز ذلك كالذى يؤخذ من بعض مزارعى بعض بلادنا بحيث لا يختار الزارع الزراعة من كثرة الخراج فيجبرونه على الزراعة و حينئذ ففى حرمة كل ما يؤخذ أو المقدار الزائد على ما تضر الزيادة عليه وجهان. و حكى عن بعض أنه يشترط أن لا- يزيد على ما كان يأخذه المتولى له الإمام العادل إلا برضاه و التحقيق أن مستعمل الأرض بالزرع و الغرس إن كان مختارا فى استعمالها فمقاطعه الخراج و المقاسمة باختياره و اختيار الجائر فإذا تراضيا على شىء فهو الحق قليلا كان أو كثيرا و إن كان لا بد من استعمال الأرض لأنها كانت مزرعة له مدة سنين و يتضرر بالارتحال عن تلك القرية إلى غيرها فالمناط ما ذكر فى المرسلة من عدم كون المضروب عليهم مضرا بأن لا يبقى لهم بعد أداء الخراج ما يكون بإزاء ما أنفقوا على الزرع من المال و بذلوا له من أبدانهم الأعمال.

السابع ظاهر إطلاق الأصحاب- أنه لا يشترط فيمن يصل إليه الخراج [الاستحقاق]

اشارة

أو الزكاة من السلطان على وجه الهدية أو يقطعه الأرض الخراجية إقطاعا أن يكون مستحقا له- و نسبه الكركى فى رسالته إلى إطلاق الأخبار و الأصحاب و لعله أراد إطلاق ما دل على حل جوائز السلطان و عماله مع كونها غالبا من بيت المال- و إلا فما استدلوا به لأصل المسألة إنما هى الأخبار الواردة فى جواز ابتياع الخراج و المقاسمة و الزكاة و الواردة فى حل تقبل الأرض الخراجية من السلطان و لا ريب فى عدم اشتراط

المكاسب، ج۱، ص ۷۷

كون المشترى و المتقبل مستحقا لشىء من بيت المال و لم يرد خبر فى حل ما يهبه السلطان من الخراج حتى يتمسك بإطلاقه عدا أخبار جوائز السلطان مع أن تلك الأخبار واردة أيضا فى أشخاص خاصة فيحتمل كونهم ذوى حصص من بيت المال فالحكم بنفوذ تصرف الجائر على الإطلاق فى الخراج من حيث البذل و التفريق كنفوذ تصرفه على الإطلاق فيه بالقبض و الأخذ و المعاملة عليه مشكل.

[عدم دلالة روایة الحضرمی و کلام العلامة علی الاشتراط] و أما قوله ع فی روایة الحضرمی السابقة:

ما یمنع ابن أبی سماک أن یبعث إلیک بعطائک أ ما علم أن لک نصیبا من بیت المال فإنما یدل علی أن کل من له نصیب فی بیت المال یجوز له الأخذ لا أن کل من لا نصیب له لا یجوز أخذه. و کذا تعلیل العلامة رحمه الله فیما تقدم من دلیله بأن الخراج حق لله أخذه غیر مستحقة فإن هذا لا ینافی إمضاء الشارع لبذل الجائر إیاه کیف شاء کما أن للإمام ع أن یتصرف فی بیت المال کیف شاء. فالاستشهاد بالتعلیل المذکور فی الروایة المذکورة و بالمذکور فی کلام العلامة رحمه الله علی اعتبار استحقاق الآخذ لشیء من بیت المال کما فی الرسالة الخراجیة محل نظر

[الإشکال فی تحلیل الزکاة الذی یأخذه الجائر لکل أحد]

ثم أشکل من ذلک تحلیل الزکاة المأخوذة منه لکل أحد کما هو ظاهر إطلاقهم القول بحل اتهاب ما یؤخذ باسم الزکاة.
[کلام الشهید الثانی فی اتهاب ما یؤخذ باسم الزکاة]
و فی المسالک أنه یشترط أن یکون صرفه لها علی وجهه المعتبر بحیث لا یعد عندهم عاصیا إذ یمتنع الأخذ منه عندهم أیضا ثم قال و یحتمل الجواز مطلقا نظرا إلی إطلاق النص و الفتوی قال و یجیء مثله فی الخراج و المقاسمة فإن مصرفهما بیت المال و له أرباب مخصوصون عندهم أیضا انتهی.

الثامن [ما یعتبر فی کون الأرض خراجیة]

اشارة

أن کون الأرض بحیث یتعلق بما یؤخذ منها ما تقدم من أحکام الخراج و المقاسمة یتوقف علی أمور ثلاثة

الأول کونها مفتوحة عنوة

اشارة

أو صلحا علی أن تکون الأرض للمسلمین إذ ما عداهما من الأرضین لا خراج علیها. نعم لو قلنا بأن حکم ما یأخذه الجائر من الأنفال حکم ما یأخذه من أرض الخراج دخل ما یثبت کونه من الأنفال فی حکمها.

[کیف یثبت کون الأرض مفتوحة عنوة]

فنقول یثبت الفتح عنوة بالشیاع الموجب للعلم و بشهادة عدلین و بالشیاع المفید للظن المتاخم للعلم بنا علی کفایته فی کل ما یعسر إقامة البینة علیه کالنسب و الوقف و الملک المطلق و أما ثبوتها بغیر ذلک من الأمارات الظنیة حتی بقول من یوثق به من المؤرخین فمحل إشکال لأن الأصل عدم الفتح عنوة و عدم تملک المسلمین. نعم الأصل عدم تملک غیرهم أیضا- فإن فرض دخولها بذلک

فى الأنفال- و ألحقناها بأرض الخراج فى الحكم فهو و إلا فمقتضى القاعدة حرمة تناول ما يؤخذ من زراعها قهرا و أما الزراع فيجب عليهم مراجعة حاكم الشرع فيعمل فيها معهم على طبق ما تقتضيه القواعد عنده من كونه مال الإمام ع أو مجهول المالك أو غير ذلك.

و المعروف بين الإمامية بلا خلاف ظاهر أن أرض العراق فتحت عنوة

و حكى ذلك عن التواريخ المعتبرة. و حكى عن بعض العامة أنها فتحت صلحا و ما دل على كونها ملكا للمسلمين يحتمل الأمرين. ففى صحيحة الحلبى: أنه سئل أبو عبد الله ع عن أرض السواد ما منزلته فقال هو لجميع المسلمين لمن اليوم مسلم و لمن يدخل فى الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد و رواية أبى الربيع الشامى: لا تشتر من أرض السواد شيئا إلا من كانت له ذمة فإنما هى فىء للمسلمين و قريب منها صحيحة ابن الحجاج.

[حكم غير أرض العراق]

اشارة

و أما غير هذه الأرض مما ذكر و اشتهر فتحها عنوة فإن أخبر به عدلان يحتمل حصول العلم لهما من السماع- أو الظن المتاخم من الشياع أخذ به على تأمل فى الأخير- كما فى العدل الواحد- و إلا فقد عرفت الإشكال فى الاعتماد على مطلق الظن

و أما العمل بقول المؤرخين

بناء على أن قولهم فى المقام نظير قول اللغوى فى اللغة و قول الطبيب و شبههما فدون إثباته خرط القتاد

و أشكل منه إثبات ذلك باستمرار السيرة على أخذ الخراج من أرض

لأن ذلك إما من جهة ما قيل من كشف السيرة عن ثبوت ذلك من الصدر الأول من غير نكير إذ لو كان شيئا حادثا لنقل فى كتب التواريخ لاعتناء أربابها بالمبتدعات و الحوادث و إما من جهة وجوب حمل تصرف المسلمين و هو أخذهم الخراج على الصحيح. و يرد على الأول مع أن عدم التعرض يحتمل كونه لأجل عدم اطلاعهم الذى لا يدل على العدم أن هذه الأمارات ليست بأولى من تنصيص أهل التواريخ الذى عرفت حاله. و على الثانى أنه إن أريد بفعل المسلم تصرف السلطان بأخذ الخراج فلا ريب أن أخذه حرام و إن علم كون الأرض خراجية فكونها كذلك لا يصحح فعله. و دعوى أن أخذه الخراج من أرض الخراج أقل فسادا من أخذه من غيرها توهم لأن مناط الحرمة فى المقامين واحد و هو أخذ مال الغير من غير استحقاق و اشتغال ذمة المأخوذ منه بأجرة الأرض الخراجية و عدمه فى غيرها لا يهون الفساد.

نعم بينهما فرق من حيث الحكم المتعلق بفعل غير السلطان و هو من يقع فى يده شىء من الخراج بمعاوضة أو تبرع فيحل فى الأرض الخراجية دون غيرها مع أنه لا دليل على وجوب حمل الفاسد على الأقل فسادا إذا لم يتعدد عنوان الفساد كما لو دار الأمر بين الزنى مكرها للمرأة و بين الزنى برضائها حيث إن الظلم محرم آخر غير الزنى بخلاف ما نحن فيه مع أن أصالة الصحة لا تثبت الموضوع و هو كون الأرض خراجية إلا أن يقال إن المقصود ترتب آثار الأخذ الذى هو أقل فسادا و هو حل تناوله من الأخذ و إن لم يثبت كون الأرض خراجية بحيث تترتب عليها آثار أخرى مثل وجوب دفع أجرة الأرض إلى حاكم الشرع ليصرفه فى المصالح إذا فرض عدم السلطان الجائر و مثل حرمة التصرف فيه من دون دفع أجرة أصلا لا إلى الجائر و لا إلى حاكم الشرع و إن أريد بفعل المسلم تصرف المسلمين فيما يتناولونه من الجائر من خراج هذه الأرض ففيه أنه لا عبرة بفعلهم إذا علمنا بأنهم لا يعلمون حال هذه الأراضى كما هو

الغالب فی محل الكلام إذ نعلم بفساد تصرفهم من جهة عدم إحراز الموضوع و لو احتمل تقليدهم لمن يرى تلك الأرض خراجية لم ينفع و لو فرض احتمال علمهم بكونها خراجية- كان اللازم من ذلك جواز التناول من أيديهم لا من يد السلطان كما لا يخفى.

الثانی أن يكون الفتح بإذن الإمام

اشارة

و إلا كان المفتوح مال الإمام بناء على المشهور بل عن المجمع أنه كاد يكون إجماعا و نسبه فی المبسوط إلى رواية أصحابنا و هی مرسلة العباس الوراق: و فيها أنه إذا غزا قوم بغير إذن الإمام فغنموا كانت الغنيمة كلها للإمام ع قال فی المبسوط و على هذه الرواية يكون جميع ما فتحت بعد النبی ص إلا ما فتحت فی زمان الوصی ع من مال الإمام انتهى. أقول فيبتنی حل المأخوذ منها خراجا على ما تقدم من حل الخراج المأخوذ من الأنفال

و الظاهر أن أرض العراق مفتوحة بالإذن

المكاسب، ج۱، ص ۷۸

كما يكشف عن ذلك ما دل على أنها للمسلمين

و أما غيرها مما فتحت فی زمان خلافة الثانی

اشارة

و هی أغلب ما فتحت

فظاهر بعض الأخبار كون ذلك أيضا بإذن مولانا أمير المؤمنين ع و أمره

اشارة

. ففی الخصال فی أبواب السبعة فی باب أن الله تعالى يمتحن أوصياء الأنبياء فی حياة الأنبياء فی سبعة مواطن و بعد وفاتهم فی سبعة مواطن عن أبيه و شيخه عن سعد بن عبد الله عن أحمد بن الحسين بن سعيد عن جعفر بن محمد النوفلی عن يعقوب بن الرائد عن أبی عبد الله جعفر بن أحمد بن أبی طالب عن يعقوب بن عبد الله الكوفی عن موسى بن عبيد عن عمرو بن أبی المقدام عن جابر الجعفی عن أبی جعفر ع: أنه أتى يهودی أمير المؤمنين ع فی منصرفة عن وقعة النهروان فسأله عن تلك المواطن و فيه قوله ع و أما الرابعة يعنی من المواطن الممتحن بها بعد النبی ص فإن القائم بعد صاحبه يعنی عمر بعد أبی بكر كان يشاورنی فی موارد الأمور و مصادرها فيصدرها عن أمری و يناظرنی فی غوامضها فيمضيها عن رأی لا يعلمه أحد و لا يعلمه أصحابی و لا يناظرنی غيره إلى آخر الخبر. و الظاهر أن عموم الأمور إضافی بالنسبة إلى ما يقدح فی رئاسته مما يتعلق بالسياسة و لا يخفى أن الخروج إلى الكفار و دعاءهم إلى الإسلام من أعظم تلك الأمور بل لا أعظم منه.

[المناقشة فی سند الرواية و دفعها]

و فی سند الرواية جماعة تخرجها عن حد الاعتبار إلا أن اعتماد القميين عليها و روايتهم لها مع ما عرف من حالهم لمن تتبعها من أنهم

لا يثبتون فى كتبهم رواية فى راويها ضعف إلا بعد احتفافها بما يوجب الاعتماد عليها جابر لضعفها فى الجملة

[ما يؤيد مضمون الرواية]

مضافا إلى ما اشتهر من حضور أبى محمد الحسن ع فى بعض الغزوات و دخول بعض خواص أمير المؤمنين ع من الصحابة كعمار فى أمرهم. و فى صحيحة محمد بن مسلم عن أبى جعفر ع قال: سألته عن سيرة الإمام ع فى الأرض التى فتحت بعد رسول الله ص فقال إن أمير المؤمنين ع قد سار فى أهل العراق بسيرة فهى إمام لسائر الأرضين إلى آخر الخبر. و ظاهرها أن سائر الأرضين المفتوحة بعد النبى ص حكمها حكم أرض العراق مضافا إلى أنه يمكن الاكتفاء عن إذن الإمام- المنصوص فى مرسلة الوراق بالعلم بشاهد الحال برضا أمير المؤمنين ع و سائر الأئمة بالفتوحات الإسلامية الموجبة لتأييد هذا الدين. و قد ورد أن الله تعالى يؤيد هذا الدين بأقوام لا خلاق لهم منه مع أنه يمكن أن يقال بحمل الصادر من الغزاة من فتح البلاد على الوجه الصحيح- و هو كونه بأمر الإمام ع مع أنه يمكن أن يقال إن عموم ما دل من الأخبار الكثيرة على تقييد الأرض المعدودة من الأنفال بكونها ما لم يوجف عليه بخيل و لا ركاب معارض بالعموم من وجه- و على أن ما أخذت بالسيف من الأرضين يصرفها فى مصالح المسلمين لمرسلة الوراق فيرجع إلى عموم قوله تعالى وَ اعْلَمُوا أَنَّما غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَ لِلرَّسُولِ وَ لِذِي الْقُرْبى وَ الْيَتامى وَ الْمَساكِينِ وَ ابْنِ السَّبِيلِ فيكون الباقى للمسلمين إذ ليس لمن قاتل شىء من الأرضين نصا و إجماعا

الثالث أن يثبت كون الأرض المفتوحة عنوة بإذن الإمام ع محياة حال الفتح

اشارة

لتدخل فى الغنائم و يخرج منها الخمس أولا- على المشهور و بقى الباقى للمسلمين فإن كانت حينئذ مواتا كانت للإمام ع كما هو المشهور بل المتفق عليه على الظاهر المصرح به عن الكفاية و محكى التذكرة و يقتضيه إطلاق الإجماعات المحكية على أن الموات من الأنفال لإطلاق الأخبار الدالة على أن الموات بقول مطلق له ع و لا يعارضها إطلاق الإجماعات و الأخبار الدالة على أن المفتوحة عنوة للمسلمين لأن موارد الإجماعات هى الأرض المغنومة من الكفار كسائر الغنائم التى يملكونها منهم و يجب فيها الخمس و ليست الموات من أموالهم و إنما هى مال الإمام و لو فرض جريان أيديهم عليها كان بحكم المغصوب لا يعد فى الغنيمة و ظواهر الأخبار خصوص المحياة- مع أن الظاهر عدم الخلاف.

نعم لو ماتت المحياة حال الفتح

فالظاهر بقاؤها على ملك المسلمين بل عن ظاهر الرياض استفادة عدم الخلاف فى ذلك من السرائر لاختصاص أدلة الموات بما إذا لم يجر عليه ملك مسلم دون ما عرف صاحبه

ثم إنه تثبت الحياة حال الفتح

بما كان يثبت به الفتح عنوة و مع الشك فيها فالأصل العدم و إن وجدناها الآن محياة لأصالة عدمها حال الفتح فيشكل الأمر فى كثير من محياة أراضى البلاد المفتوحة عنوة. نعم ما وجد منها فى يد مدع للملكية حكم بها له أما إذا كانت بيد السلطان أو من أخذها منه فلا يحكم لأجلها بكونها خراجية لأن يد السلطان عادية على الأراضى الخراجية أيضا

و ما لا يد لمدعى الملكية عليها كان مرددا بين المسلمين

و مالك خاص مردد بين الإمام لكونها تركة من لا وارث له و بين غيره فيجب مراجعة حاكم الشرع فى أمرها و وظيفة الحاكم فى الأجرة المأخوذ منها إما القرعة و إما صرفها فى مصرف مشترك بين الكل كفقير يستحق الإنفاق من بيت المال لقيامه ببعض مصالح المسلمين

[هل كانت أرض السواد كلها عامرة حال الفتح]

ثم اعلم أن ظاهر الأخبار تملك المسلمين لجميع أرض العراق المسمى بأرض السواد من غير تقييد بالعامر فينزل على أن كلها كانت عامرة حال الفتح.

[حد سواد العراق]

اشارة

و يؤيده أنهم ضبطوا أرض الخراج كما فى المنتهى و غيره بعد المساحة بستة أو اثنين و ثلاثين ألف ألف جريب و حينئذ فالظاهر أن البلاد الإسلامية المبنية فى العراق و هى مع ما يتبعها من القرى من المحياة حال الفتح التى تملكها المسلمون.

[ما ذكره العلامة فى تحديد سواد العراق]

و ذكر العلامة فى كتبه تبعا لبعض ما عن ظاهر المبسوط و الخلاف أن حد سواد العراق ما بين منقطع الجبال بحلوان إلى أطراف القادسية المتصل بعذيب من أرض العرب عرضا و من تخوم الموصل إلى ساحل البحر ببلاد عبادان طولا و زاد العلامة رحمه الله قوله من شرقى دجلة فأما الغربى الذى تليه البصرة فإنما هو إسلامى مثل شط عثمان بن أبى العاص و ما والاها كانت سباخا مماتا فأحياها عثمان و يظهر من هذا التقييد- أن ما عدا ذلك كانت محياة كما يؤيده ما تقدم من تقدير الأرض المذكور بعد المساحة بما ذكر من الجريب

[النظر فيما قيل من أن البلاد المحدثة فى العراق لم تفتح عنوة]

فما قيل من أن البلاد المحدثة بالعراق مثل بغداد و الكوفة و الحلة و المشاهد المشرفة إسلامية بناها المسلمون و لم تفتح عنوة و لم يثبت أن أرضها تملكها المسلمون بالاستغنام و التى فتحت عنوة و أخذت من الكفار قهرا قد انهدمت لا يخلو عن نظر لأن المفتوح عنوة لا يختص بالأبنية حتى يقال إنها انهدمت فإذا كانت البلاد المذكورة و ما يتعلق بها من قرأها غير مفتوحة عنوة فأين أرض العراق المفتوحة عنوة المقدرة بستة و ثلاثين ألف ألف جريب و أيضا من البعيد عادة أن يكون بلد المدائن على طرف العراق بحيث يكون الخارج منها مما يليه [و هى] البلاد المذكورة مواتا غير معمورة وقت الفتح و الله العالم و لله الحمد أولا و آخرا و ظاهرا و باطنا [و به نستعين]

المكاسب، ج۲، ص ۷۹

الجزء الثانى

اشارة

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين و لعنة الله على أعدائهم إلى يوم الدين
كتاب البيع

[تعريف البيع]

اشارة

و هو فى الأصل كما عن المصباح المنير مبادلة مال بمال

و الظاهر اختصاص المعوض بالعين

فلا يعم إبدال المنافع بغيرها و عليه استقر اصطلاح الفقهاء فى البيع. نعم ربما يستعمل فى كلمات بعضهم فى نقل غيرها بل يظهر ذلك من كثير من الأخبار كالخبر الدال على جواز بيع خدمة المدبر و بيع سكنى الدار التى لا يعلم صاحبها و كأخبار بيع الأرض الخراجية و شرائها و الظاهر أنها مسامحة فى التعبير كما أن لفظة الإجارة تستعمل عرفا فى نقل بعض الأعيان كالثمرة على الشجرة.

و أما العوض فلا إشكال فى جواز كونه منفعة

كما فى غير موضع من القواعد و التذكرة و جامع المقاصد و لا يبعد عدم الخلاف فيه. نعم نسب إلى بعض الأعيان الخلاف فيه و لعله لما اشتهر فى كلامهم من أن البيع لنقل الأعيان و الظاهر إرادتهم بيان المبيع نظير قولهم إن الإجارة لنقل المنافع.

[جعل عمل الحر عوضا]

و أما عمل الحر فإن قلنا إنه قبل المعاوضة عليه من الأموال فلا إشكال و إلا ففيه إشكال من حيث احتمال اعتبار كون العوضين فى البيع مالا قبل المعاوضة يدل عليه ما تقدم عن المصباح.

[أقسام الحق و ما يقع منها عوضا]

و أما الحقوق فإن لم تقبل المعاوضة بالمال- كحق الحضانة و الولاية فلا إشكال و كذا لو لم تقبل النقل كحق الشفعة و حق الخيار لأن البيع تمليك الغير و لا- ينتقض ببيع الدين على من هو عليه لأنه لا مانع من كونه تمليكا فيسقط و لذا جعل الشهيد فى قواعده الإبراء مرددا بين الإسقاط و التمليك. و الحاصل أنه يعقل أن يكون مالكا فى ذمته فيؤثر تمليكه السقوط لا يعقل أن يتسلط على نفسه و السر أن مثل هذا الحق سلطنة فعلية لا يعقل قيام طرفيها بشخص واحد بخلاف الملك فإنها نسبة بين المالك و المملوك و لا يحتاج إلى من يملك عليه يستحيل اتحاد المالك و المملوك عليه فافهم. و أما الحقوق القابلة للانتقال كحق التحجير و نحوه فهى و إن قبلت النقل و قوبلت بالمال فى الصلح إلا أن فى جواز وقوعها عوضا للبيع إشكالا من أخذ المال فى عوضى المبايعة لغة و عرفا مع ظهور كلمات الفقهاء عند التعرض لشروط العوضين و لما يصح أن يكون أجرة فى الإجارة فى حصر الثمن فى المال.

[تعاريف الفقهاء و المناقشة فيها]

ثم الظاهر أن لفظ البيع ليس له حقيقة شرعية و لا متشرعية بل هو باق على معناه العرفى كما سنوضحه إن شاء الله إلا أن الفقهاء قد اختلفوا فى تعريفه ففى المبسوط و التذكرة و غيرهما انتقال عين من شخص إلى غيره بعوض مقدر على وجه التراضى و حيث إن فى

هذا التعريف مسامحة واضحة عدل آخرون إلى تعريفه بالإيجاب و القبول الدالين على الانتقال و حيث إن البيع من مقولة المعنى دون اللفظ مجردا أو بشرط قصد المعنى و إلا لم يعقل إنشاؤه باللفظ عدل جامع المقاصد إلى تعريفه بنقل العين بالصيغة المخصوصة.

و يرد عليه مع أن النقل ليس مترادفا للبيع و لذا صرح في التذكرة بأن إيجاب البيع لا يقع بلفظ نقلت و جعله من الكنايات و أن المعاطاة عنده بيع مع خلوها عن الصيغة أن النقل بالصيغة أيضا لا يعقل إنشاؤه بالصيغة و لا يندفع هذا بأن المراد أن البيع نفس النقل الذي هو مدلول الصيغة فجعله مدلول الصيغة إشارة إلى تعيين ذلك الفرد من النقل لا أنه مأخوذ في مفهومه حتى يكون مدلول بعت نقلت بالصيغة لأنه إن أريد بالصيغة خصوص بعت لزم الدور لأن المقصود معرفة مادة بعت و إن أريد بها ما يشمل ملكت وجب الاقتصار على مجرد التمليك و النقل

[أولى التعاريف للبيع

اشارة

فالأولى تعريفه بأنه إنشاء تمليك عين بمال و لا يلزم عليه شيء مما تقدم.

نعم يبقى عليه أمور

منها أنه موقوف على جواز الإيجاب بلفظ ملكت

و إلا لم يكن مرادفا له و يرده أنه الحق كما سيجيء.

و منها أنه لا يشمل بيع الدين على من هو عليه

لأن الإنسان لا يملك مالا على نفسه و فيه مع ما عرفت و ستعرف من تعقل تملك ما على نفسه- و رجوعه إلى سقوطه عنه نظير تملك ما هو مساو لما في ذمته و سقوطه بالتهاتر أنه لو لم يعقل التمليك لم يعقل البيع إذ ليس للبيع لغة و عرفا معنى غير المبادلة و النقل و التمليك و ما يساويها من الألفاظ و لذا قال فخر الدين إن معنى بعت في لغة العرب ملكت غيري فإذا لم يعقل ملكية ما في ذمة نفسه لم يعقل شيء مما يساويها فلا يعقل البيع.

و منها أنه يشمل التمليك بالمعاطاة

مع حكم المشهور بل دعوى الإجماع على أنها ليست بيعا و فيه ما سيجيء من كون المعاطاة بيعا و أن مراد النافين نفي صحته.

و منها صدقه على الشراء

فإن المشتري بقبوله للبيع يملك ماله بعوض المبيع و فيه أن التمليك فيه ضمني و إنما حقيقته التملك بعوض و لذا لا يجوز الشراء بلفظ ملكت تقدم على الإيجاب أو تأخر و به يظهر اندفاع الإيراد بانتقاضه بمستأجر العين بعين حيث إن الاستيجار يتضمن تمليك

العين بمال أعنى المنفعة.

و منها انتقاض طرده بالصلح على العين بمال

اشارة

و بالهبة المعوضة و فيه أن حقيقة الصلح و لو تعلق بالعين ليست هو التمليك على وجه المقابلة و المعاوضة بل معناه الأصلى هو التسالم- و لذا لا يتعدى بنفسه إلى المال. نعم هو متضمن للتمليك إذا تعلق بعين لا أنه نفسه

[حقيقة الصلح

و الذى يدلك على هذا أن الصلح قد يتعلق بالمال عينا أو منفعة فيفيد التمليك و قد يتعلق بالانتفاع فيفيد فائدة العارية و هو مجرد التسليط و قد يتعلق بالحقوق فيفيد الإسقاط أو الانتقال و قد يتعلق بتقرير أمر بين المتصالحين كما فى قول أحد الشريكين

المكاسب، ج۲، ص ۸۰

لصاحبه صالحتك على أن يكون الربح لك و الخسران عليك فيفيد مجرد التقرير فلو كانت حقيقة الصلح هى عين كل من هذه المعانى الخمسة لزم كونه مشتركا لفظيا و هو واضح البطلان فلم يبق إلا أن يكون مفهومه معنى آخر و هو التسالم فيفيد فى كل موضع فائدة من الفوائد المذكورة بحسب ما يقتضيه متعلقة.

فالصلح على العين بعوض تسالم عليه و هو يتضمن التمليك لا أن مفهوم الصلح فى خصوص هذا المقام و حقيقته هو إنشاء التمليك و من هنا لم يكن طلبه من الخصم إقرارا له بخلاف طلب التمليك.

و أما الهبة المعوضة

و المراد بها هنا ما اشترط فيه العوض فليست إنشاء تمليك بعوض على جهة المقابلة و إلا لم يعقل تملك أحدهما لأحد العوضين من دون تملك الآخر للآخر مع أن ظاهرهم عدم تملك العوض بمجرد تملك الموهوب الهبة بل غاية الأمر أن المتهب لو لم يؤد العوض كان للواهب الرجوع فى هبته فالظاهر أن التعويض المشترط فى الهبة كالتعويض الغير المشترط فيها فى كونه تمليكا مستقلا يقصد به وقوعه عوضا لا أن حقيقة المعاوضة و المقابلة مقصودة فى كل من العوضين كما يتضح ذلك بملاحظة التعويض الغير المشترط فى ضمن الهبة الأولى. فقد تحقق مما ذكرنا أن حقيقة تمليك العين بالعوض ليست إلا البيع فلو قال ملكتك كذا بكذا كان بيعا و لا يصح صلحا و لا هبة معوضة و إن قصدهما إذ التمليك على جهة المقابلة الحقيقية ليس صلحا و لا هبة فلا يقعان به. نعم لو قلنا بوقوعهما بغير الألفاظ الصريحة توجه تحققهما مع قصدهما فما قيل من أن البيع هو الأصل فى تمليك الأعيان بالعوض فيقدم على الصلح و الهبة المعوضة محل تأمل بل منع لما عرفت من أن تمليك الأعيان بالعوض هو البيع لا غير. نعم لو أتى بلفظ التمليك بالعوض و احتمل إرادة غير حقيقته كان مقتضى الأصل اللفظى- حمله على المعنى الحقيقى فيحكم بالبيع لكن الظاهر أن الأصل بهذا المعنى ليس مراد القائل المتقدم و سيجىء توضيحه فى مسألة المعاطاة فى غير البيع إن شاء الله

بقى القرض داخلا فى ظاهر الحد

و یمکن إخراجه بأن مفهومه لیس نفس المعاوضة بل هو تملیک علی وجه ضمان المثل أو القیمة لا معاوضة للعین بهما و لذا لا یجری فیه ربا المعاوضة و لا الغرر المنفی فیها و لا ذکر العوض و لا العلم به فتأمل.

[استعمال البیع فی معان أخر]

اشارة

ثم إن ما ذکرناه تعریف للبیع المأخوذ فی صیغة بعت و غیره من المشتقات و یظهر من بعض من قارب عصرنا استعماله فی معان أخری غیر ما ذکر

أحدها التملیک المذکور

لکن بشرط تعقبه بتملک المشتری و إلیه نظر بعض مشایخنا حیث أخذ قید التعقب بالقبول مأخوذا فی تعریف البیع المصطلح و لعله لتبادر التملیک المقرون بالقبول من اللفظ بل و صحة السلب عن المجرد و لهذا لا یقال باع فلان ماله إلا بعد أن یکون قد اشتراه غیره و یستفاد من قول القائل بعت مالی أنه اشتراه غیره لا أنه أوجب البیع فقط.

الثانی الأثر الحاصل من الإیجاب و القبول

و هو الانتقال کما یظهر من المبسوط و غیره.

الثالث نفس العقد المرکب من الإیجاب و القبول

و إلیه ینظر من عرف البیع بالعقد قال بل الظاهر اتفاقهم علی إرادة هذا المعنی فی عناوین أبواب المعاملات حتی الإجارة و شبهها التی لیست فی الأصل اسما لأحد طرفی العقد.

[المناقشة فی هذه الاستعمالات]

أقول أما البیع بمعنی الإیجاب المتعقب للقبول فالظاهر أنه لیس مقابلا للأول و إنما هو فرد انصرف إلیه اللفظ فی مقام قیام القرینة علی إرادة الإیجاب المثمر إذ لا ثمرة فی الإیجاب المجرد فقول المخبر بعت إنما أراد الإیجاب المقید فالقید مستفاد من الخارج لا أن البیع مستعمل فی الإیجاب المتعقب للقبول و کذلک لفظ النقل و الإبدال و التملیک و شبهها مع أنه لم یقل أحد بأن تعقب القبول له دخل فی معناها. نعم تحقق القبول شرط للانتقال فی الخارج فی نظر الشارع لا فی نظر الناقل إذ التأثیر لا ینفک عن الأثر فالبیع و ما یساویه معنی من قبیل الإیجاب و الوجوب- لا الکسر و الانکسار کما تخیله بعض فتأمل و منه یظهر ضعف أخذ القید المذکور فی معنی البیع المصطلح فضلا عن أن یجعل أحد معانیه. و أما البیع بمعنی الأثر و هو الانتقال فلم یوجد فی اللغة و لا فی العرف و إنما وقع فی تعریف جماعة تبعا للمبسوط و قد یوجه بأن المراد من البیع المحدود المصدر من المبنی للمفعول أعنی المبیعیة و هو تکلف حسن و أما البیع بمعنی العقد فقد صرح الشهید الثانی رحمه الله بأن إطلاقه علیه مجاز لعلاقة السببیة و الظاهر أن المسبب هو الأثر الحاصل فی نظر الشارع لأنه المسبب عن العقد لا النقل الحاصل من فعل الموجب لما عرفت من أنه حاصل بنفس إنشاء الموجب من دون توقفه علی شیء کحصول وجوب الضرب فی نظر الآمر بمجرد الأمر و إن لم یصر واجبا فی الخارج فی نظر غیره. و إلی هذا نظر جمیع ما

ورد فی النصوص و الفتاوی من قولهم لزم البیع أو وجب أو لا- بیع بینهما أو إقالة فی البیع و نحو ذلک. و الحاصل أن البیع الذی یجعلونه من العقود یراد به النقل بمعنی اسم المصدر مع اعتبار تحققه فی نظر الشارع المتوقف علی تحقق الإیجاب و القبول فإضافة العقد إلی البیع بهذا المعنی لیست بیانیة و لذا یقال انعقد البیع و لا ینعقد البیع.

[البیع و نحوه من العقود اسم للصحیح أو الأعم]

[اختیار الشهیدین کونه للصحیح

اشارة

ثم إن الشهید الثانی نص فی کتاب الیمین من المسالک علی أن عقد البیع و غیره من العقود حقیقة فی الصحیح مجاز فی الفاسد لوجود خواص الحقیقة و المجاز کالتبادر و صحة السلب قال و من ثم حمل الإقرار به علیه حتی لو ادعی إرادة الفاسد لم یسمع إجماعا و لو کان مشترکا بین الصحیح و الفاسد لقبل تفسیره بأحدهما کغیره من الألفاظ المشترکة و انقسامه إلی الصحیح و الفاسد أعم من الحقیقة انتهی و قال الشهید الأول فی قواعده الماهیات الجعلیة کالصلاة و الصوم و سائر العقود لا تطلق علی الفاسد إلا الحج لوجوب المضی فیه و ظاهره إرادة الإطلاق الحقیقی

[المناقشة فیما أفاده الشهیدان

و یشکل ما ذکراه بأن وضعها للصحیح یوجب عدم جواز التمسک بإطلاق نحو وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَیْعَ و إطلاقات أدلة سائر العقود فی مقام الشک فی اعتبار شیء فیها مع أن سیرة علماء الإسلام التمسک بها فی هذه المقامات.

[توجیه ما أفاده الشهیدان

نعم یمکن أن یقال إن البیع و شبهه فی العرف إذا استعمل فی الحاصل من المصدر الذی یراد من قول القائل بعت عقد الإنشاء لا یستعمل حقیقة- إلا فیما کان صحیحا مؤثرا و لو فی نظر القائل ثم إذا کان مؤثرا فی نظر الشارع کان بیعا عنده و إلا کان صورة بیع نظیر الهازل عند العرف. فالبیع الذی یراد منه ما حصل عقیب قول القائل بعت عند العرف و الشرع حقیقة فی الصحیح المفید

المکاسب، ج۲، ص ۸۱

للأثر و مجاز فی غیره إلا أن الإفادة و ثبوت الفائدة مختلف فی نظر العرف و الشرع.

و أما وجه تمسک العلماء بإطلاق أدلة البیع و نحوها

فلأن الخطابات لما وردت علی طبق العرف حمل لفظ البیع و شبهه فی الخطابات الشرعیة علی ما هو الصحیح المؤثر عند العرف أو علی المصدر الذی یراد من لفظ بعت فیستدل بإطلاق الحکم بحله أو بوجوب الوفاء علی کونه مؤثرا فی نظر الشارع أیضا فتأمل فإن للکلام محلا آخر

الکلام فی المعاطاة

[حقیقة المعاطاة]

اعلم أن المعاطاة علی ما فسره جماعة أن یعطی کل من اثنین عوضا عما یأخذه من الآخر

[صور المعاطاة]

و هو یتصور علی وجهین أحدهما أن یبیح کل منهما للآخر التصرف فیما یعطیه من دون نظر إلی تملیکه. الثانی أن یتعاطیا علی وجه التملیک. و ربما یذکر وجهان آخران أحدهما أن یقع النقل من غیر قصد البیع و لا تصریح بالإباحة المزبورة بل یعطی شیئا لیتناول شیئا فدفعه الآخر إلیه. الثانی أن یقصد الملک المطلق دون خصوص البیع. و یرد الأول بامتناع خلو الدافع عن قصد عنوان من عناوین البیع أو الإباحة أو العاریة أو الودیعة أو القرض أو غیر ذلک من العناوین الخاصة و الثانی بما تقدم فی تعریف البیع من أن التملیک بالعوض علی وجه المبادلة هو مفهوم البیع لا غیر. نعم یظهر من غیر واحد منهم فی بعض العقود کبیع لبن الشاة مدة و غیر ذلک کون التملیک المطلق أعم من البیع

ثم إن المعروف بین علمائنا فی حکمها أنها مفیدة لإباحة التصرف

اشارة

و یحصل الملک بتلف إحدی العینین و عن المفید و بعض العامة القول بکونها لازمة کالبیع و عن العلامة رحمه الله فی النهایة احتمال کونها بیعا فاسدا فی عدم إفادتها إباحة التصرف

[محل النزاع فی المعاطاة]

و لا بد أولا من ملاحظة أن النزاع فی المعاطاة هل المقصود بها الإباحة أو المقصود بها التملیک الظاهر من الخاصة و العامة هو المعنی الثانی.

[تنزیل المحقق الثانی الإباحة علی الملک الجائز]

و حیث إن الحکم بالإباحة بدون الملک قبل التلف و حصوله بعده لا یجامع ظاهرا قصد التملیک من المتعاطیین نزل المحقق الکرکی الإباحة فی کلامهم علی الملک الجائز المتزلزل و أنه یلزم بذهاب إحدی العینین و حقق ذلک فی شرحه علی القواعد و فی تعلیقه علی الإرشاد بما لا مزید علیه

[توجیه صاحب الجواهر بأن محل النزاع هی المعاطاة بقصد الإباحة]

لکن بعض المعاصرین لما استبعد هذا الوجه التجأ إلی جعل محل النزاع هی المعاطاة المقصود بها مجرد الإباحة و رجح بقاء الإباحة فی کلامهم علی ظاهرها المقابل للملک و نزل مورد حکم قدماء الأصحاب بالإباحة علی هذا الوجه و طعن علی من جعل محل النزاع فی المعاطاة بقصد التملیک قائلا إن القول بالإباحة الخالیة عن الملک مع قصد الملک مما لا ینسب إلی أصاغر الطلبة فضلا عن أعاظم الأصحاب و کبرائهم.

[المناقشة فی توجیه المحقق الثانی]

و الإنصاف أن ما ارتکبه المحقق الثانی فی توجیه الإباحة بالملک المتزلزل بعید فی الغایة عن مساق کلمات الأصحاب مثل الشیخ فی المبسوط و الخلاف و الحلی فی السرائر و ابن زهرة فی الغنیة و الحلبی فی الکافی و العلامة فی التذکرة و غیرها

[المناقشة فی توجیه صاحب الجواهر]

بل کلمات بعضهم صریحة فی عدم الملک کما ستعرف إلا أن جعل محل النزاع ما إذا قصد الإباحة دون التملیک أبعد منه بل لا یکاد یوجد فی کلام أحد منهم ما یقبل الحمل علی هذا المعنی

[دلالة کلام الفقهاء علی بعد التوجیهین]

و لننقل أولا کلمات جماعة ممن ظفرنا علی کلماتهم لیظهر منه بعد تنزیل الإباحة علی الملک المتزلزل کما صنعه المحقق الکرکی و أبعدیة جعل محل الکلام فی کلمات قدمائنا الأعلام ما لو قصد المتعاطیان مجرد إباحة التصرفات دون التملیک فنقول و بالله التوفیق قال فی الخلاف إذا دفع قطعة إلی البقلی أو الشارب فقال أعطنی بها بقلة أو ماء فأعطاه فإنه لا یکون بیعا و کذلک سائر المحقرات و إنما یکون إباحة له فیتصرف کل منهما فیما أخذه تصرفا مباحا من دون أن یکون ملکه و فائدة ذلک أن البقلی إذا أراد أن یسترجع البقل أو أراد صاحب القطعة أن یسترجع قطعته کان لهما ذلک لأن الملک لم یحصل لهما و به قال الشافعی. و قال أبو حنیفة یکون بیعا صحیحا و إن لم یحصل الإیجاب و القبول و قال ذلک فی المحقرات دون غیرها. دلیلنا أن العقد حکم شرعی و لا دلالة فی الشرع علی وجوده هنا فیجب أن لا یثبت و أما الإباحة بذلک فهو مجمع علیه لا یختلف العلماء فیها انتهی. و لا یخفی صراحة هذا الکلام فی عدم حصول الملک و فی أن محل الخلاف بینه و بین أبی حنیفة ما لو قصد البیع لا الإباحة المجردة کما یظهر أیضا من بعض کتب الحنفیة حیث إنه بعد تفسیر البیع بمبادلة مال بمال قال و ینعقد بالإیجاب و القبول و بالتعاطی أیضا فتمسکه بأن العقد حکم شرعی یدل علی عدم انتفاء قصد البیع و إلا لکان الأولی بل المتعین التعلیل به إذ مع انتفاء حقیقة البیع لغة و عرفا لا معنی للتمسک بتوقفه علی الأسباب الشرعیة کما لا یخفی. و قال فی السرائر بعد ذکر اعتبار الإیجاب و القبول و اعتبار تقدم الأول علی الثانی ما لفظه فإذا دفع قطعة إلی البقلی أو إلی الشارب فقال أعطنی فإنه لا یکون بیعا و لا عقدا لأن الإیجاب و القبول ما حصلا و کذلک سائر المحقرات و سائر الأشیاء محقرا کان أو غیر محقر من الثیاب و الحیوان أو غیر ذلک و إنما یکون إباحة له فیتصرف کل منهما فیما أخذه تصرفا مباحا من غیر أن یکون ملکه أو دخل فی ملکه و لکل منهما أن یرجع فیما بذله لأن الملک لم یحصل لهما و لیس ذلک من العقود الفاسدة لأنه لو کان عقدا فاسدا لم یصح التصرف فیما صار إلی کل واحد منهما و إنما ذلک علی جهة الإباحة انتهی. فإن تعلیله عدم الملک بعدم حصول الإیجاب و القبول یدل علی أن لیس المفروض ما لو لم یقصد التملیک مع أن ذکره فی حیز شروط العقد یدل علی ما ذکرناه و لا ینافی ذلک قوله و لیس هذا من العقود الفاسدة إلی آخر قوله کما لا یخفی. و قال فی الغنیة بعد ذکر الإیجاب و القبول فی عداد شروط صحة انعقاد البیع کالتراضی و معلومیة العوضین و بعد بیان الاحتراز لکل من الشروط عن المعاملة الفاقدة له ما هذا لفظه و اعتبرنا حصول الإیجاب و القبول تحرزا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشتری و الإیجاب من البائع بأن یقول بعنیه بألف فیقول بعتک بألف فإنه لا ینعقد بذلک بل لا بد أن یقول المشتری بعد ذلک اشتریت أو قبلت حتی ینعقد و احترازا أیضا عن القول بانعقاده بالمعاطاة نحو أن یدفع إلی البقلی قطعة و یقول أعطنی بقلا فیعطیه فإن ذلک لیس ببیع و إنما هو إباحة للتصرف. یدل علی ما قلناه الإجماع المشار إلیه و أیضا فما اعتبرناه مجمع علی صحة العقد به و لیس علی صحة مما عداه دلیل

المکاسب، ج۲، ص ۸۲

و لما ذكرناه نهى ص عن بيع المنابذة و الملامسة و عن بيع الحصاة على التأويل الآخر و معنى ذلك أن يجعل اللمس بشيء أو النبذ له و إلقاء الحصاة بيعا موجبا انتهى. فإن دلالة هذا الكلام على أن المفروض من قصد المتعاطيين التمليك من وجوه متعددة منها ظهور أدلته الثلاثة فى ذلك. و منها احترازه عن المعاطاة و المعاملة بالاستدعاء بنحو واحد. و قال الحلبى فى الكافى بعد ذكر أنه يشترط فى صحة البيع أمور ثمانية ما لفظه و اشترط الإيجاب و القبول لخروجه من دونهما عن قبول حكم البيع إلى أن قال فإن اختل شرط من هذه لم ينعقد البيع و لم يستحق التسليم و إن جاز التصرف مع إخلال بعضها للتراضى دون عقد البيع و يصح معه الرجوع انتهى و هو فى الظهور قريب من عبارة الغنية. و قال المحقق رحمه الله فى الشرائع- و لا يكفى التقابض من غير لفظ و إن حصل من الأمارات ما دل على إرادة البيع انتهى. و ذكر كلمة الوصل ليس لتعميم المعاطاة لما لم يقصد به البيع بل للتنبيه على أنه لا عبرة بقصد البيع من الفعل. و قال فى التذكرة فى حكم الصيغة الأشهر عندنا أنه لا بد منها فلا يكفى التعاطى فى الجليل و الحقير مثل أعطنى بهذا الدينار ثوبا فيعطيه ما يرضيه أو يقول خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه و به قال الشافعى مطلقا لأصالة بقاء الملك و قصور الأفعال عن الدلالة على المقاصد و عن بعض الحنفية و ابن شريح فى الجليل و قال أحمد ينعقد مطلقا و نحوه قال مالك فإنه قال بع بما يعتقده الناس بيعا انتهى و دلالته على قصد المتعاطيين للملك لا تخفى من وجوه أدونها جعل مالك موافقا لأحمد فى الانعقاد من جهة أنه قال بع بما يعتقده الناس بيعا و قال الشهيد فى قواعده بعد قوله قد يقوم السبب الفعلى مقام السبب القولى و ذكر أمثلة لذلك ما لفظه و أما المعاطاة فى المبايعات فهى تفيد الإباحة لا الملك و إن كان فى الحقير عندنا و دلالتها على قصد المتعاطيين للملك مما لا يخفى هذا كله مع أن الواقع فى أيدى الناس- هى المعاطاة بقصد التمليك و يبعد فرض الفقهاء من العامة و الخاصة الكلام فى غير ما هو الشائع بين الناس مع أنهم صرحوا بإرادة المعاملة المتعارفة بين الناس ثم إنك قد عرفت ظهور أكثر العبارات المتقدمة فى عدم حصول الملك بل صراحة بعضها كالخلاف و السرائر و التذكرة و القواعد و مع ذلك كله فقد قال المحقق الثانى فى جامع المقاصد أنهم أرادوا بالإباحة الملك المتزلزل فقال المعروف بين الأصحاب أن المعاطاة بيع و إن لم تكن كالعقد فى اللزوم خلافا لظاهر عبارة المفيد و لا يقول أحد من الأصحاب إنها بيع فاسد سوى المصنف فى النهاية و قد رجع عنه فى كتبه المتأخرة عنها و قوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ يتناولها لأنها بيع بالاتفاق حتى من القائلين بفسادها لأنهم يقولون هو بيع فاسد و قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ عام إلا ما أخرجه الدليل. و ما يوجد فى عبارة جمع من متأخرى الأصحاب من أنها تفيد الإباحة و تلزم بذهاب إحدى العينين يريدون به عدم اللزوم فى أول الأمر و بالذهاب يتحقق اللزوم لامتناع إرادة الإباحة المجردة عن أصل الملك إذ المقصود للمتعاطيين إنما هو الملك فإذا لم يحصل كان بيعا فاسدا و لم يجز التصرف فى العين و كافة الأصحاب على خلافه و أيضا فإن الإباحة المحضة لا تقتضى الملك أصلا و رأسا فكيف يتحقق ملك شخص بذهاب مال آخر فى يده. و إنما الأفعال لما لم تكن دلالتها على المراد بالصراحة كالأقوال لأنها تدل بالقرائن منعوا من لزوم العقد بها فيجوز التراد ما دام ممكنا و مع تلف إحدى العينين يمتنع التراد فيتحقق اللزوم لأن إحداهما فى مقابل الآخر و يكفى تلف بعض إحدى العينين لامتناع التراد فى الباقى إذ هو موجب لتبعض الصفقة و الضرر انتهى و نحوه المحكى عنه فى تعليقته على الإرشاد و زاد فيه أن مقصود المتعاطيين إباحة مترتبة على ملك الرقبة كسائر البيوع فإن حصل مقصودهما ثبت ما قلناه و إلا لوجب أن لا تحصل إباحة بالكلية بل يتعين الحكم بالفساد إذ المقصود غير واقع فلو وقع غيره لوقع بغير قصد و هو باطل و عليه يتفرع النماء و جواز وطء الجارية- و من منع فقد أغرب انتهى. و الذى يقوى فى النفس إبقاء ظواهر كلماتهم على حالها و أنهم يحكمون بالإباحة المجردة عن الملك فى المعاطاة مع فرض قصد المتعاطيين التمليك و أن الإباحة لم تحصل بإنشائها ابتداء بل إنما حصلت كما اعترف به فى المسالك من استلزام إعطاء كل منهما سلعته مسلطا عليه الإذن فى التصرف فيه بوجوه التصرفات فلا يرد عليهم عدا ما ذكره المحقق المتقدم فى عبارته المتقدمة و حاصله أن المقصود هو الملك فإذا لم يحصل فلا منشأ لإباحة التصرف إذ الإباحة إن كانت من المالك فالمفروض أنه لم يصدر منه إلا التمليك و إن كانت من الشارع فليس عليها دليل و لم يشعر كلامهم بالاستناد إلى نص فى ذلك مع أن إلغاء الشارع للأثر المقصود و ترتب غيره بعيد جدا مع أن التأمل فى

كلامهم يعطى إرادة الإباحة المالكية لا الشرعية. و يؤيد إرادة الملك أن ظاهر إطلاقهم إباحة التصرف شمولها للتصرفات التى لا تصح إلا من المالك كالوطئ و العتق و البيع لنفسه و التزامهم حصول الملك مقارنا لهذه التصرفات كما إذا وقعت هذه التصرفات من ذى الخيار أو من الواهب الذى يجوز له الرجوع بعيد. و سيجىء ما ذكره بعض الأساطين و من أن هذا القول مستلزم لتأسيس قواعد جديدة لكن الإنصاف أن القول بالتزامهم لهذه الأمور أهون من توجيه كلماتهم فإن هذه الأمور لا استبعاد فى التزامها إذا اقتضى الأصل عدم الملكية و لم يساعد عليها دليل معتبر و اقتضى الدليل صحة التصرفات المذكورة مع أن المحكى عن حواشى الشهيد على القواعد المنع عما يتوقف على الملك كإخراجه فى خمس أو زكاة و كوطئ الجارية. [و صرح الشيخ فى المبسوط بأن الجارية لا تملك بالهدية العارية عن الإيجاب و القبول و لا يحل وطؤها.] و مما يشهد على نفى البعد عما ذكرنا من إرادتهم الإباحة المجردة مع قصد المتعاطيين التمليك أنه قد صرح الشيخ فى المبسوط و الحلى فى السرائر و كظاهر العلامة فى القواعد بعدم حصول الملك بإهداء الهدية بدون الإيجاب و القبول و لو من الرسول نعم يفيد ذلك إباحة التصرف لكن الشيخ استثنى وطء الجارية ثم إن المعروف بين المتأخرين- أن من قال بالإباحة المجردة فى المعاطاة قال إنها ليست بيعا حقيقة كما هو ظاهر بعض العبائر المتقدمة و معقد إجماع الغنية و ما أبعد ما بينه و بين توجيه المحقق الثانى من إرادة نفى اللزوم و كلاهما خلاف الظاهر. و يدفع الثانى تصريح بعضهم بأن شرط لزوم البيع منحصر فى مسقطات الخيار فكل بيع عنده لازم من غير جهة الخيارات و تصريح غير واحد أن الإيجاب و القبول من شرائط

المكاسب، ج۲، ص ۸۳

صحة انعقاد البيع بالصيغة و أما الأول فإن قلنا إن البيع عند المتشرعة حقيقة فى الصحيح و لو بناء على ما قدمناه فى آخر تعريف البيع من أن البيع فى العرف اسم للمؤثر منه فى النقل فإن كان فى نظر الشارع أو المتشرعة من حيث إنهم متشرعة و متدينون بالشرع صحيحا مؤثرا فى الانتقال كان بيعا حقيقيا و إلا كان صوريا نظير بيع الهازل فى نظر العرف فيصح على ذلك نفى البيعية عنه على وجه الحقيقة فى كلام كل من اعتبر فى صحته الصيغة أو فسره بالعقد لأنهم فى مقام تعريف البيع بصدد بيان ما هو المؤثر فى النقل فى نظر الشارع. إذا عرفت ما ذكرناه فالأقوال فى المعاطاة على ما تساعده ظواهر كلماتهم ستة اللزوم مطلقا كما هو ظاهر شيخنا المفيد و يكفى فى وجود القائل به قول العلامة رحمه الله فى التذكرة الأشهر عندنا أنه لا بد من الصيغة و اللزوم بشرط كون الدال على التراضى أو المعاملة لفظا حكى ذلك عن بعض معاصرى الشهيد الثانى و بعض متأخرى المحدثين لكن فى عد هذا من الأقوال فى المعاطاة تأمل و الملك الغير اللازم ذهب إليه المحقق الثانى و نسبه إلى كل من قال بالإباحة و سوغ جميع التصرفات و فى النسبة ما عرفت و عدم الملك مع إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كما هو ظاهر عبائر كثيرة بل ذكر فى المسالك أن كل من قال بالإباحة يسوغ جميع التصرفات و إباحة ما لا يتوقف على الملك و هو الظاهر من الكلام المتقدم عن حواشى الشهيد على القواعد و هو المناسب لما حكيناه عن الشيخ فى إهداء الجارية من دون إيجاب و قبول و القول بعدم إباحة التصرف مطلقا نسب إلى ظاهر [المبسوط] و النهاية لكن ثبت رجوعه عنه فى غيرها. و المشهور بين علمائنا عدم ثبوت الملك بالمعاطاة [و إن قصد المتعاطيان بها التمليك بل لم نجد قائلا به إلى زمان المحقق الثانى الذى قال به و لم يقتصر على ذلك حتى نسبه إلى الأصحاب. نعم ربما يوهمه ظاهر عبارة السرائر حيث قال فيه الأقوى أن المعاطاة غير لازمة بل لكل منهما فسخ المعاوضة ما دامت العين باقية فإن تلفت لزمت انتهى و لذا نسب ذلك إليه فى المسالك لكن قوله بعد ذلك و لا يحرم على كل منهما الانتفاع بما قبضه بخلاف البيع الفاسد ظاهر فى أن مراده مجرد الانتفاع إذ لا معنى لهذه العبارة بعد الحكم بالملك. و أما قوله و الأقوى إلى آخره فهو إشارة إلى خلاف المفيد رحمه الله و العامة القائلين باللزوم و إطلاق المعاوضة عليها باعتبار ما قصده المتعاطيان و إطلاق الفسخ على الرد بهذا الاعتبار أيضا و كذا اللزوم. و يؤيد ما ذكرنا بل يدل عليه أن الظاهر من عبارة التحرير فى باب الهبة توقفها على الإيجاب و القبول ثم قال و هل يستغنى عن الإيجاب و القبول فى هدية الأطعمة الأقرب عدمه نعم يباح التصرف بشاهد الحال انتهى. و صرح بذلك أيضا فى الهدية

فإذا لم يقل في الهدية بصحة المعاطاة فكيف يقول بها في البيع. و ذهب جماعة تبعا للمحقق الثاني إلى حصول الملك و لا يخلو عن قوة للسيرة المستمرة على المعاملة المأخوذة بالمعاطاة معاملة الملك في التصرف فيه بالعتق و البيع و الوطي و الإيصاء و توريثه و غير ذلك من آثار الملك و يدل عليه أيضا عموم قوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ حيث إنه يدل على حلية جميع التصرفات المترتبة على البيع بل قد يقال إن الآية دالة عرفا بالمطابقة على صحة البيع لا مجرد الحكم التكليفي لكنها محل تأمل. و أما منع صدق البيع عليه عرفا فمكابرة و أما دعوى الإجماع في كلام بعضهم على عدم كون المعاطاة بيعا كابن زهرة في الغنية فمرادهم بالبيع المعاملة اللازمة التي هو أحد العقود و لذا صرح في الغنية بكون الإيجاب و القبول من شرائط صحة البيع و دعوى أن البيع الفاسد عندهم ليس بيعا قد عرفت الحال فيها. و مما ذكرنا يظهر وجه التمسك بقوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ- . و أما قوله ص: إن الناس مسلطون على أموالهم فلا دلالة فيه على المدعى- لأن عمومه باعتبار أنواع السلطنة فهو إنما يجدی فيما إذا شك في أن هذا النوع من السلطنة ثابتة للمالك و ماضية شرعا في حقه أم لا أما إذا قطعنا بأن سلطنة خاصة كتمليك ماله للغير نافذة في حقه و ماضية شرعا لكن شك في أن هذا التمليك الخاص هل يحصل بمجرد التعاطي مع القصد أم لا بد من القول الدال عليه فلا يجوز الاستدلال على سببية المعاطاة في

الشريعة للتمليك بعموم تسلط الناس على أموالهم و منه يظهر أيضا عدم جواز التمسك به لما سيجيء من شروط الصيغة و كيف كان ففي الآيتين مع السيرة كفاية اللهم إلا أن يقال إنهما لا تدلان على الملك و إنما تدلان على إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك كالبيع و الوطي و العتق و الإيصاء و إباحة هذه التصرفات إنما تستلزم الملك بالملازمة الشرعية الحاصلة في سائر المقامات من الإجماع و عدم القول بالانفكاك دون المقام الذي لا يعلم ذلك منهم- حيث أطلق القائلون بعدم الملك إباحة التصرفات. و صرح في المسالك أن من أجاز المعاطاة سوغ جميع التصرفات غاية الأمر أنه لا بد من التزامهم بأن التصرف المتوقف على الملك يكشف عن سبق الملك عليه آنا ما فإن الجمع بين إباحة هذه التصرفات و بين توقفها على الملك يحصل بالتزام هذا المقدار و لا يتوقف على الالتزام بالملك من أول الأمر فيقال إن مرجع هذه الإباحة أيضا إلى التمليك. و أما ثبوت السيرة و استمرارها على التوريث فهي كسائر سيرهم الناشئة عن المسامحة و قلة المبالاة في الدين مما لا يحصى في عباداتهم و معاملاتهم و سياساتهم كما لا يخفى و دعوى أنه لم يعلم من القائل بالإباحة- جواز مثل هذه التصرفات المتوقفة على الملك كما يظهر من المحكي عن حواشي الشهيد على القواعد من منع إخراج المأخوذ بالمعاطاة في الخمس و الزكاة و ثمن الهدي و عدم جواز وطء الجارية المأخوذ بها. و قد صرح الشيخ رحمه الله بالأخير في معاطاة الهدايا فيتوجه التمسك حينئذ بعموم الآية على جوازها فيثبت الملك مدفوعة بأنه و إن لم يثبت ذلك إلا أنه لم يثبت أن كل من قال بإباحة جميع هذه التصرفات قال بالملك من أول الأمر فيجوز للفقيه حينئذ التزام إباحة جميع التصرفات مع التزام حصول الملك عند التصرف المتوقف على الملك لا من أول الأمر. فالأولى حينئذ التمسك في المطلب بأن المتبادر عرفا من حل البيع صحته شرعا هذا مع إمكان إثبات صحة المعاطاة في الهبة و الإجارة ببعض إطلاقاتهما و تتميمه في البيع بالإجماع المركب هذا مع أن ما ذكر من أن للفقيه- التزام حدوث الملك عند التصرف المتوقف عليه لا يليق بالمتفقه فضلا عن الفقيه و لذا ذكر بعض الأساطين في شرحه على القواعد

المكاسب، ج۲، ص ۸۴

في مقام الاستبعاد أن القول بالإباحة المجردة مع فرض قصد المتعاطيين التمليك و البيع مستلزم لتأسيس قواعد جديدة منها أن العقود و ما قام مقامها لا تتبع القصود. و منها أن يكون إرادة التصرف من المملكات- فتملك العين أو المنفعة بإرادة التصرف بهما أو معه دفعة و إن لم يخطر ببال مالك الأول الإذن في شيء من هذه التصرفات لأنه قاصد للنقل من حين الدفع و أنه لا سلطان له بعد ذلك بخلاف من قال أعتق عبدك عني أو تصدق بمالك عني. و منها أن الأخماس و الزكوات و الاستطاعة و الديون و النفقات و حق المقاسمة و الشفعة و المواريث و الربا و الوصايا يتعلق بما في اليد مع العلم ببقاء مقابله و عدم التصرف فيه أو عدم العلم به فينفي

بالأصل- فيكون متعلقة بغير الأملاك و أن صفة الغنى و الفقر تترتب عليه كذلك فيصير ما ليس من الأملاك بحكم الأملاك. و منها كون التصرف من جانب مملكا للجانب الآخر مضافا إلى غرابة استناد الملك إلى التصرف. و منها جعل التلف السماوى من جانب مملكا للجانب الآخر و التلف من الجانبين مع التفريط معينا للمسمى من الطرفين و لا رجوع إلى قيمة المثل حتى يكون له الرجوع بالتفاوت و مع حصوله فى يد الغاصب أو تلفه فيها فالقول بأنه المطالب لأنه يملك بالغصب أو التلف فى يد الغاصب غريب و القول بعدم الملك بعيد جدا مع أن فى التلف القهرى إن ملك التالف قبل التلف فعجيب و معه بعيد لعدم قابليته حينئذ و بعده ملك معدوم و مع عدم الدخول فى الملك يكون ملك الآخر بغير عوض و نفى الملك مخالف للسيرة و بناء المتعاطيين. و منها أن التصرف إن جعلناه من النواقل القهرية- فلا يتوقف على النية فهو بعيد و إن أوقفناه عليها كان الواطئ للجارية من غيرها واطئا بالشبهة و الجانى عليها و المتلف لها جانيا على مال الغير و متلفا له. و منها أن النماء الحادث قبل التصرف- إن جعلنا حدوثه مملكا له دون العين فبعيد و معها فكذلك و كلاهما مناف لظاهر الأكثر و شمول الإذن له خفى. و منها قصر التمليك على التصرف مع الاستناد فيه إلى أن إذن المالك فيه إذن فى التمليك فيرجع إلى كون المتصرف فى تمليك نفسه موجبا قابلا و ذلك جار فى القبض بل هو أولى منه لاقترانه بقصد التمليك دونه انتهى. و المقصود من ذلك كله استبعاد هذا القول لا أن الوجوه المذكورة تنهض فى مقابل الأصول و العمومات إذ ليس فيها تأسيس قواعد جديدة لتخالف القواعد المتداولة بين الفقهاء أما حكاية تبعية العقود و ما قام مقامها للقصود ففيها أولا أن المعاطاة ليست عند القائل بالإباحة المجردة من العقود و لا من القائم مقامها شرعا فإن تبعية العقود للقصود- و عدم انفكاكها عنها إنما هو لأجل دليل صحة ذلك العقد بمعنى ترتب الأثر المقصود عليه فلا يعقل حينئذ الحكم بالصحة مع عدم ترتب الأثر المقصود عليه أما المعاملات الفعلية التى لم يدل على صحتها دليل فلا يحكم بترتب الأثر المقصود عليها كما نبه عليه الشهيد فى كلامه المتقدم من أن السبب الفعلى لا- يقوم مقام السبب القولى فى المبايعات نعم إذا دل الدليل على ترتب أثر عليه حكم به و إن لم يكن مقصودا. و ثانيا أن تخلف العقد عن مقصود المتبايعين كثير فإنهم أطبقوا على أن عقد المعاوضة إذا كان فاسدا يؤثر فى ضمان كل من العوضين القيمة لإفادة العقد الفاسد الضمان عندهم فيما يقتضيه صحيحة مع أنهما لم يقصدا إلا ضمان كل منهما بالآخر و توهم أن دليلهم على ذلك قاعدة اليد مدفوع بأنه لم يذكر هذا الوجه إلا بعضهم معطوفا على الوجه الأول و هو إقدامهما على الضمان فلاحظ المسالك و كذا الشرط الفاسد لم يقصد المعاملة إلا مقرونة به غير مفسد عند أكثر القدماء و بيع ما يملك و ما لا يملك صحيح عند الكل و بيع الغاصب لنفسه يقع للمالك- مع إجازته على قول كثير و ترك ذكر الأجل فى العقد المقصود به الانقطاع يجعله دائما على قول نسبه فى المسالك و كشف اللثام إلى المشهور. نعم الفرق بين العقود و ما نحن فيه أن التخلف عن المقصود يحتاج إلى الدليل المخرج عن أدلة صحة العقود و فيما نحن فيه عدم الترتب مطابق للأصل. و أما ما ذكره من لزوم كون إرادة التصرف مملكا فلا بأس بالتزامه إذا كان مقتضى الجمع بين الأصل و دليل جواز تصرف المطلق و أدلة توقف بعض التصرفات على الملك فيكون كتصرف ذى الخيار- و الواهب فيما انتقل عنهما بالوطء و البيع و العتق و شبههما

. و أما ما ذكره من تعلق الأخماس و الزكوات- إلى آخر ما ذكره فهو استبعاد محض و دفعه بمخالفته للسيرة رجوع إليها مع أن تعلق الاستطاعة الموجبة للحج و تحقق الغنى المانع عن استحقاق الزكاة لا يتوقفان على الملك. و أما كون التصرف مملكا للجانب الآخر فقد ظهر جوابه. و أما كون التلف مملكا للجانبين فإن ثبت بإجماع أو سيرة كما هو الظاهر كان كل من المالين مضمونا بعوضه فيكون تلفه فى يد كل منهما من ماله مضمونا بعوضه نظير تلف المبيع قبل قبضه فى يد البائع لأن هذا هو مقتضى الجمع بين هذا الإجماع و بين عموم على اليد ما أخذت و بين أصالة عدم الملك إلا فى الزمان المتيقن وقوعه فيه توضيحه أن الإجماع لما دل على عدم ضمانه بمثله أو قيمته حكم بكون التلف من مال ذى اليد رعاية لعموم على اليد ما أخذت فذلك الإجماع مع العموم المذكور بمنزلة الرواية فى أن تلف المبيع قبل قبضه من مال بائعه فإذا قدر التلف من مال ذى اليد فلا بد من أن يقدر فى آخر أزمنة إمكان تقديره رعاية لأصالة عدم حدوث الملكية قبله كما تقدر ملكية المبيع للبائع و فسخ البيع من حين التلف استصحابا لأثر العقد. و أما ما ذكر من

صورة غصب المـأخوذ بالمعاطـاة فالظـاهر على القول بالإباحـة أن لكل منهما المطالبـة ما دام باقيا- و إذا تلف فظاهر إطلاقهم التملك بـالتلف تلفه من مال المغصوب منه نعم لو قام إجماع كان تلفه من مال المالك لو لم يتلف عوضه قبله. و أما ما ذكره من حكم النماء فظـاهر المحكى عن بعض أن القائـل بالإباحـة لا يقول بانتقال النماء إلى الآخـذ بل حكمه حكم أصـله و يحتمل أن يحـدث النماء فى ملكه بمجرد الإباحة ثم إنك بملاحظة ما ذكرنا تقدر على التخلص من سائر ما ذكره مع أنه رحمه الله لم يذكرها للاعتماد و الإنصاف أنها استبعادات فى محلها. و بالجملة فالخروج عن أصالة عدم الملك- المعتضدة بالشهرة المحققة إلى زمان المحقق الثانى و بالاتفاق المدعى فى الغنية و القواعد هنا و فى المسالك فى مسألة توقف الهبة على الإيجاب و القبول

المكاسب، ج۲، ص ۸۵

مشكل و رفع اليـد عن عموم أدلـة البيع و الهبـة و نحوهما المعتضـد بالسيرة القطعية المستمرة و بدعوى الاتفاق المتقدم عن المحقق الثانى بناء على تأويله لكلمات القائلين بالإباحـة أشكل. فالقول الثانى لا يخلو عن قوة و عليه فهل هى لازمـة ابتـداء مطلقا- كما حكى عن ظـاهر المفيـد أو بشـرط كون الـدال على التراضـى لفظـا كما حكى عن بعض معاصرى الشـهيد الثانى و قواه جماعـة من متأخرى المحـدثين أو هى غير لازمـة مطلقـا فيجوز لكـل منهما الرجوع فى ماله كما عليه أكثر القائلين بالملك بل كلهم عـدا من عرفت وجوه أوفقها بالقواعـد هو الأول بناء على أصالـة اللزوم فى الملك- و للشك فى زواله بمجرد رجوع مالكه الأصـلى. و دعوى أن الثابت هو الملك المشترك بين المتزلزل و المستقر و المفروض انتفاء الفرد الأول بعـد الرجوع و الفرد الثانى كان مشـكوك الحـدوث من أول الأمر فلاـ ينفع الاستصـحاب بل ربما يزاد استصـحاب بقاء علقـة المالك الأول مدفوعـة مضافا إلى إمكان دعوى كفايـة تحقق القـدر المشترك فى الاستصـحاب- فتأمل بأن انقسام الملك إلى المتزلزل و المستقر ليس باعتبار اختلاف فى حقيقته و إنما هو باعتبار حكم الشـارع عليه فى بعض المقامـات بـالزوال برجوع المالك الأصـلى و منشأ هـذا الاختلاف اختلاف حقيقـة السـبب المملك لا اختلاف حقيقة الملك. فجواز الرجوع و عدمه من الأحكام الشرعية للسبب لا من الخصوصيات المأخوذة فى المسبب و يدل عليه مع أنه يكفى فى الاستصـحاب الشك فى أن اللزوم من خصوصـيات الملك- أو من لوازم السـبب المملك و مع أن المحسوس بالوجدان أن إنشاء الملك فى الهبـة اللازمـة و غيرها على نهج واحد أن اللزوم و الجواز لو كانا من خصوصـيات الملك- فإما أن يكون تخصـيص القدر المشترك بإحـدى الخصوصـيتين بجعـل المالـك أو بحكم الشـارع فـإن كان الأول كان اللازم التفصـيل بين أقسام التمليك المختلفة بحسب قصـد الرجوع و قصـد عدمه أو عدم قصده و هو بديهى البطلان إذ لا تأثير لقصد المالك فى الرجوع و عدمه و إن كان الثانى لزم إمضاء الشارع العقد على غير ما قصده المنشـئ و هو باطل فى العقود لما تقدم من أن العقود المصححة عند الشارع تتبع القصود و إن أمكن القول بالتخلف هنا فى مسألـة المعاطاة بناء على ما ذكرنا سابقا انتصارا للقائل بعدم الملك من منع وجوب إمضاء المعاملات الفعلية على طبق قصود المتعاطيين لكن الكلام فى قاعدة اللزوم فى الملك تشـمل العقود أيضا و بالجملة فلا إشـكال فى أصالة اللزوم فى كل عقـد شك فى لزومه شـرعا- و كـذا لو شك فى أن الواقع فى الخارج هو العقـد اللازم- أو الجائز كالصـلح من دون عوض و الهبـة. نعم لو تداعيا احتمل التحالف فى الجملة و يدل على اللزوم مضافا إلى ما ذكر عموم قوله ص: الناس مسـلطون على أموالهم فإن مقتضـى السـلطنة أن لا يخرج عن ملكيته بغير اختياره- فجواز تملكه عنه بالرجوع فيه من دون رضاه مناف للسـلطنة المطلقـة. فاندفع ما ربما يتوهم أن من غاية مدلول الرواية سـلطنة الشـخص على ملكه و لا نسلم ملكيته له بعد رجوع المالك الأصلى و بما ذكرنا تمسك المحقق رحمه الله فى الشـرائع على لزوم القرض بعد القبض بأن فائدة الملك السـلطنة و نحوه العلامة فى موضع آخر و منه يظهر جواز التمسـك بقوله ع: لاـ يحـل مال أمرا إلا عن طيب نفسه حيث دل على انحصار سـبب حل مال الغير أو جزء سـببه فى رضا المالك فلا يحل بغير رضاه. و توهم تعلق الحل بمال الغير و كونه مال الغير بعد الرجوع أول الكلام مدفوع بما تقدم من أن تعلق الحل بالمال يفيد العموم بحيث يشـمل التملـك أيضا فلا يحل التصـرف فيه و لا تملكه إلا بطيب نفس المالك و يمكن الاسـتدلال أيضا بقوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ- إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و لا ريب أن الرجوع ليس تجارة و لا عن تراض فلا يجوز أكل المال. و

التوهم المتقدم فی السابق غیر جار هنا لأن حصر مجوز أکل المال فی التجارة إنما یراد به أکله علی أن یکون ملکا للأکل لا لغیره و یمکن التمسک أیضا بالجملة المستثنی منها حیث إن أکل المال و نقله عن مالکه بغیر رضا المالک أکل و تصرف بالباطل عرفا. نعم بعد إذن المالک الحقیقی و هو الشارع و حکمه التسلط علی فسخ المعاملة من دون رضا المالک یخرج عن البطلان- و لذا کان أکل المارة من الثمرة الممرور بها أکلا بالباطل لو لا إذن المالک الحقیقی و کذا الأخذ بالشفعة و الفسخ بالخیار و غیر ذلک من النواقل القهریة هذا کله مضافا إلی ما دل علی لزوم

خصوص البیع مثل قوله ع: البیعان بالخیار ما لم یفترقا. و قد یستدل أیضا بعموم قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ بناء علی أن العقد هو مطلق العهد کما فی صحیحة عبد الله بن سنان أو العهد المشدد کما عن بعض أهل اللغة و کیف کان فلا یختص باللفظ فیشمل المعاطاة و کذلک قوله ص: المؤمنون عند شروطهم فإن الشرط لغة مطلق الالتزام فیشمل ما کان بغیر اللفظ. و الحاصل أن الحکم باللزوم فی مطلق الملک و فی خصوص البیع مما لا ینکر إلا أن الظاهر فیما نحن فیه قیام الإجماع علی عدم لزوم المعاطاة بل ادعاه صریحا بعض الأساطین فی شرحه علی القواعد و تعضده الشهرة المحققة بل لم یوجد به قائل إلی زمان بعض متأخری المتأخرین فإن العبارة المحکیة عن المفید رحمه الله فی المقنعة لا تدل علی هذا القول کما عن الخلاف الاعتراف به فإن المحکی عنه أنه قال ینعقد البیع علی تراض بین الاثنین فیما یملکان التبایع له إذا عرفاه جمیعا و تراضیا بالبیع و تقابضا أیضا و افترقا بالأبدان انتهی.

و یقوی إرادة بیان شروط صحة العقد الواقع بین اثنین و تأثیره فی اللزوم و کأنه لذلک حکی کاشف الرموز عن المفید و الشیخ رحمهما الله أنه لا بد فی البیع عندهما من لفظ مخصوص. و قد تقدم دعوی الإجماع من الغنیة علی عدم کونها بیعا و هو نص فی عدم اللزوم و لا یقدح کونه ظاهرا فی عدم الملکیة الذی لا نقول به. و عن جامع المقاصد یعتبر اللفظ فی العقود اللازمة بالإجماع نعم قول العلامة رحمه الله فی التذکرة إن الأشهر عندنا أنه لا بد من الصیغة یدل علی وجود الخلاف المعتد به فی المسألة و لو کان المخالف شاذا لعبر بالمشهور و کذلک نسبته فی المختلف إلی الأکثر. و فی التحریر الأقوی أن المعاطاة غیر لازمة ثم لو فرضنا الاتفاق من العلماء علی

المکاسب، ج۲، ص ۸۶

عدم لزومها مع ذهاب کثیرهم أو أکثرهم إلی أنها لیست مملکة و إنما تفید الإباحة لم یکن هذا الاتفاق کاشفا إذ القول باللزوم فرع الملکیة و لم یقل بها إلا بعض من تأخر عن المحقق الثانی تبعا له و هذا مما یوهن حصول القطع بل الظن من الاتفاق المذکور لأن قول الأکثر بعدم اللزوم سالبة بانتفاء الموضوع.

نعم یمکن أن یقال بعد ثبوت الاتفاق المذکور إن أصحابنا بین قائل بالملک الجائز و بین قائل بعدم الملک رأسا فالقول بالملک اللازم قول ثالث فتأمل و کیف کان فتحصیل الإجماع علی وجه استکشاف قول الإمام ع من قول غیره من العلماء کما هو طریق المتأخرین مشکل لما ذکرنا و إن کان هذا لا یقدح فی الإجماع علی طریق القدماء کما تبین فی الأصول. و بالجملة فما ذکره فی المسالک من قوله بعد ذکر قول من اعتبر مطلق اللفظ فی اللزوم- ما أحسنه و ما أمتن دلیله إن لم ینعقد إجماع علی خلافه فی غایة الحسن و المتانة و الإجماع و إن لم یکن محققا علی وجه یوجب القطع إلا أن المظنون قویا تحققه علی عدم اللزوم مع عدم لفظ دال علی إنشاء التملیک سواء لم یوجد لفظ أصلا أم وجد و لکن لم ینشأ التملیک به بل کان من جملة القرائن علی قصد التملیک بالتقابض و قد یظهر ذلک من غیر واحد من الأخبار بل یظهر منها أن إیجاب البیع باللفظ دون مجرد التعاطی کان متعارفا بین أهل السوق و التجار بل یمکن دعوی السیرة علی عدم الاکتفاء فی البیوع الخطیرة- التی یراد بها عدم الرجوع بمجرد التراضی. نعم ربما یکتفون بالمصافقة فیقول البائع بارک الله لک أو ما أدی هذا المعنی بالفارسیة نعم یکتفون بالتعاطی فی المحقرات و لا یلتزمون بعدم جواز الرجوع فیها بل ینکرون علی الممتنع عن الرجوع مع بقاء العینین نعم الاکتفاء فی اللزوم بمطلق الإنشاء القولی غیر بعید للسیرة و لغیر واحد من الأخبار کما سیجیء إن شاء الله تعالی فی شروط الصیغة

بقی الکلام فی الخبر الذی یتمسک به فی باب المعاطاة

بقی الکلام فی الخبر الذی یتمسک به فی باب المعاطاة

تارة علی عدم إفادة المعاطاة إباحة التصرف و أخری علی عدم إفادتها اللزوم جمعا بینه و بین ما دل علی صحة مطلق البیع کما صنعه فی الریاض و هو قوله ع:

إنما یحلل الکلام و یحرم الکلام و توضیح المراد منه یتوقف علی بیان تمام الخبر و هو ما رواه ثقة الإسلام الکلینی فی باب بیع ما لیس عنده و الشیخ فی باب النقد و النسیئة عن ابن أبی عمیر عن یحیی بن الحجاج عن خالد بن الحجاج أو ابن نجیح قال: قلت لأبی عبد الله ع الرجل یجیئنی و یقول اشتر هذا الثوب و أربحک کذا و کذا فقال أ لیس إن شاء أخذ و إن شاء ترک قلت بلی قال لا بأس إنما یحلل الکلام و یحرم الکلام إلی آخر الخبر. و قد ورد بمضمون هذا الخبر روایات أخری مجردة عن قوله ع إنما یحلل إلی آخر کلامه کلها تدل علی أنه لا بأس بهذه المواعدة و المقاولة ما لم یوجب بیع المتاع قبل أن یشتریه من صاحبه و نقول إن هذه الفقرة مع قطع النظر عن صدر الروایة تحتمل وجوها الأول أن یراد من الکلام فی المقامین اللفظ الدال علی التحریم و التحلیل بمعنی أن تحریم شیء و تحلیله لا یکون إلا بالنطق بهما فلا یتحقق بالقصد المجرد عن الکلام و لا بالقصد المدلول علیه بالأفعال دون الأقوال. الثانی أن یراد بالکلام اللفظ مع مضمونه کما فی قولک هذا الکلام صحیح أو فاسد لا مجرد اللفظ أعنی الصوت و یکون المراد أن المطلب الواحد یختلف حکمه الشرعی حلا و حرمة باختلاف المضامین المؤداة بالکلام مثلا المقصود الواحد و هو التسلیط علی البضع مدة معینة یتأتی بقولها ملکتک بضعی أو سلطتک علیه أو آجرتک نفسی أو أحللتها لک و بقولها متعت نفسی بکذا فما عدا الأخیر موجب لتحریمه و الأخیر محلل و علی هذا المعنی ورد قوله ع: إنما یحرم الکلام فی عدة من روایات المزارعة منها ما فی التهذیب عن ابن محبوب عن خالد بن جریر عن أبی الربیع الشامی عن أبی عبد الله ع: عن الرجل یزرع أرض رجل آخر فیشترط ثلاثة للبذر و ثلاثة للبقر قال لا ینبغی أن یسمی بذرا و لا بقرا و لکن یقول لصاحب الأرض ازرع فی أرضک و لک منها کذا و کذا نصف أو ثلث أو ما کان من شرط و لا یسمی بذرا و لا بقرا فإنما یحرم الکلام. الثالث أن یراد بالکلام فی الفقرتین الکلام الواحد و یکون تحریمه و تحلیله باعتبار وجوده و عدمه فیکون وجوده محللا و عدمه محرما أو بالعکس أو باعتبار محله و غیر محله فیحل فی محله و یحرم فی غیره و یحتمل هذا الوجه الروایات الواردة فی المزارعة. الرابع أن یراد من الکلام المحلل خصوص المقاولة و المواعدة- و من الکلام المحرم إیجاب البیع و إیقاعه ثم إن الظاهر عدم إرادة المعنی الأول لأنه مع لزوم تخصیص الأکثر حیث إن ظاهره حصر أسباب التحلیل و التحریم فی الشریعة فی اللفظ یوجب عدم ارتباط له فی الحکم المذکور فی الخبر. جوابا عن السؤال مع کونه کالتعلیل له لأن ظاهر الحکم کما یستفاد من عدة روایات أخر تخصیص الجواز بما إذا لم یوجب البیع علی الرجل قبل شراء المتاع من مالکه و لا دخل لاشتراط النطق فی التحلیل و التحریم فی هذا الحکم أصلا فکیف یعلل به و کذا المعنی الثانی إذ لیس هنا مطلب واحد حتی یکون تأدیته بمضمون محللا و بآخر محرما فتعین الثالث و هو أن الکلام الدال علی الالتزام بالبیع لا یحرم هذه المعاملة إلا وجوده قبل شراء العین التی یریدها الرجل لأنه بیع ما لیس عنده و لا یحلل إلا عدمه إذ مع عدم الکلام الموجب لالتزام البیع لم یحصل إلا التواعد بالمبایعة و هو غیر مؤثر. فحاصل الروایة أن سبب التحلیل و التحریم فی هذه المعاملة منحصر فی الکلام عدما و وجودا و المعنی الرابع و هو أن المقاولة و المراضاة مع المشتری الثانی قبل اشتراء العین محلل للمعاملة و إیجاب البیع معه محرم لها و علی کلا المعنیین یسقط الخبر عن الدلالة علی اعتبار الکلام فی التحلیل کما هو المقصود فی مسألة المعاطاة. نعم یمکن استظهار اعتبار الکلام فی إیجاب البیع بوجه آخر بعد ما عرفت من أن المراد بالکلام هو إیجاب البیع بأن یقال إن حصر المحلل و المحرم فی الکلام لا یتأتی إلا مع انحصار إیجاب البیع فی الکلام إذ لو وقع بغیر الکلام لم ینحصر المحلل و المحرم فی الکلام إلا أن یقال إن وجه انحصار إیجاب البیع فی الکلام فی مورد الروایة هو عدم إمکان المعاطاة فی خصوص المورد إذ المفروض أن المبیع عند مالکه الأول فتأمل.

و كيف كان فلا تخلو الرواية عن إشعار أو ظهور كما يشعر به قوله ع فى
رواية أخرى- واردة فى هذا الحكم أيضا و هى رواية يحيى بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله ع
المكاسب، ج۲، ص ۸۷
عن رجل قال لى اشتر هذا الثوب أو هذه الدابة و بعنيها أربحك فيها كذا و كذا قال لا بأس بذلك اشترها و لا تواجبه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها فإن الظاهر أن المراد من مواجبة البيع ليس مجرد إعطاء العين للمشترى و يشعر به أيضا رواية العلاء الواردة فى نسبة الربح إلى أصل المال قال: قلت لأبى عبد الله ع الرجل يريد أن يبيع بيعا فيقول أبيعك به ده دوازده أو ده يازده فقال لا بأس إنما هذه المراوضة فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة فإن ظاهره على ما فهمه بعض الشراح أنه لا يكره ذلك فى المقاولة التى قبل العقد و إنما يكره حين العقد و فى صحيحة ابن سنان: لا- بأس بأن تبيع الرجل المتاع ليس عندك تساومه ثم تشترى له نحو الذى طلب ثم توجبه على نفسك ثم تبيعه منه بعده

و ينبغي التنبيه على أمور

الأول الظاهر أن المعاطاة قبل اللزوم على القول بإفادتها الملك بيع

- بل الظاهر من كلام المحقق الثانى فى جامع المقاصد أنه مما لا كلام فيه حتى عند القائلين بكونها فاسدة كالعلامة فى النهاية و دل على ذلك تمسكهم له بقوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ و أما على القول بإفادتها الإباحة فالظاهر أنها بيع عرفى لم تؤثر شرعا إلا الإباحة فنفى البيع عنها فى كلامهم و معاقد إجماعاتهم هو نفى البيع المفيد شرعا للزوم زيادة على الملك هذا على ما اخترناه سابقا من أن مقصود المتعاطيين فى المعاطاة التمليك و البيع و أما على ما احتمله بعضهم بل استظهره من أن محل الكلام هو ما إذا قصدا مجرد الإباحة فلا إشكال فى عدم كونها بيعا عرفا و لا شرعا و على هذا فلا بد عند الشك فى اعتبار شرط فيها من الرجوع إلى الأدلة الدالة على صحة هذه الإباحة العوضية من خصوص أو عموم و حيث إن المناسب لهذا القول التمسك فى مشروعيته بعموم: إن الناس مسلطون على أموالهم كان مقتضى القاعدة هو نفى شرطية غير ما ثبتت شرطيته كما أنه لو تمسك لها بالسيرة كان مقتضى القاعدة العكس. و الحاصل أن المرجع على هذا عند الشك فى شروطها هى أدلة هذه المعاملة سواء اعتبرت فى البيع أم لا و أما على المختار من أن الكلام فيما إذا قصد به البيع فهل يشترط فيه شروط البيع مطلقا أم لا كذلك أم تبنى على القول بإفادتها الملك و القول بعدم إفادتها إلا الإباحة وجوه يشهد للأول كونها بيعا عرفا فيشترط فيها جميع ما دل على اشتراطه فى البيع و يؤيده أن محل النزاع بين العامة و الخاصة فى المعاطاة هو أن الصيغة معتبرة فى البيع كسائر الشروط أم لا كما يفصح عنه عنوان المسألة فى كتب كثير من العامة و الخاصة فما انتفى فيه غير الصيغة من شروط البيع خارج عن هذا العنوان و إن فرض مشاركا له فى الحكم و لذا ادعى فى الحدائق أن المشهور بين القائلين بعدم لزوم المعاطاة صحة المعاطاة المذكورة إذا استكمل فيها شروط البيع غير الصيغة المخصوصة و أنها تفيد إباحة تصرف كل منهما فيما صار إليه من العوض و مقابل المشهور فى كلامه قول العلامة رحمه الله فى النهاية بفساد المعاطاة كما صرح به بعد ذلك فلا يكون كلامه موهما لثبوت الخلاف فى اشتراط صحة المعاطاة باستجماع شروط البيع. و يشهد للثانى أن البيع فى النص و الفتوى ظاهر فيما حكم به باللزوم و ثبت له الخيار فى قولهم:
البيعان بالخيار ما لم يفترقا و نحوه أما على القول بالإباحة فواضح لأن المعاطاة ليست على هذا القول بيعا فى نظر الشارع و المتشرعة إذ لا- نقل فيه عند الشارع فإذا ثبت إطلاق الشارع عليه فى مقام فنحمله على الجرى على ما هو بيع باعتقاد العرف لاشتماله على النقل فى نظرهم. و قد تقدم سابقا فى تصحيح دعوى الإجماع على عدم كون المعاطاة بيعا بيان ذلك و أما على القول بالملك فلأن المطلق ينصرف إلى الفرد المحكوم باللزوم فى قولهم البيعان بالخيار و قولهم إن الأصل فى البيع اللزوم و الخيار إنما ثبت لدليل و إن البيع

بقول مطلق من العقود اللازمة و قولهم البيع هو العقد الدال على كذا و نحو ذلك. و بالجملة فلا يبقى للمتأمل شك فى أن إطلاق البيع فى النص و الفتوى يراد به ما لا يجوز فسخه إلا بفسخ عقده بخيار أو بتقايل و وجه الثالث ما تقدم للثانى على القول بالإباحة من سلب البيع عنه و للأول على القول بالملك من صدق البيع عليه حينئذ و إن لم يكن لازما و يمكن الفرق بين الشرط الذى ثبت اعتباره فى البيع من النص فيحمل على العرفى و إن لم يفد عند الشارع إلا ـ الإباحة و بين ما ثبت بالإجماع على اعتباره فى البيع بناء على انصراف البيع فى كلمات المجمعين إلى العقد اللازم. و الاحتمال الأول لا يخلو عن قوة لكونها بيعا ظاهرا على القول بالملك كما عرفت من جامع المقاصد و أما على القول بالإباحة فلأنها لم تثبت إلا فى المعاملة الفاقدة للصيغة فقط فلا يشمل الفاقدة للشرط الآخر أيضا ثم إنه حكى عن الشهيد رحمه الله فى حواشيه على القواعد أنه بعد ما منع من إخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الخمس و الزكاة و ثمن الهدى إلا بعد تلف العين يعنى العين الأخرى ذكر أنه يجوز أن يكون الثمن و المثمن فى المعاطاة مجهولين لأنها ليست عقدا و كذا جهالة الأجل و أنه لو اشتريت أمة بالمعاطاة لم يجز له نكاحها قبل تلف الثمن انتهى و حكى عنه فى باب الصرف أيضا أنه لا يعتبر التقابض فى المجلس فى معاطاة النقدين. أقول حكمه قدس سره بعدم جواز إخراج المأخوذ بالمعاطاة فى الصدقات الواجبة و عدم جواز نكاح المأخوذ بها صريح فى عدم إفادتها للملك إلا أن حكمه رحمه الله بعدم اعتبار الشروط المذكورة للبيع و الصرف معللا بأن المعاطاة ليست عقدا يحتمل أن يكون باعتبار عدم الملك حيث إن المفيد للملك منحصر فى العقد و أن يكون باعتبار عدم اللزوم حيث إن الشروط المذكورة شرائط للبيع العقدى اللازم و الأقوى اعتبارها و إن قلنا بالإباحة- لأنها بيع عرفى و إن لم يفد شرعا إلا الإباحة. و مورد الأدلة الدالة على اعتبار تلك الشروط هو البيع العرفى لا خصوص العقدى بل تقييدها بالبيع العقدى تقييد بغير الغالب و لما عرفت من أن الأصل فى المعاطاة بعد القول بعدم الملك الفساد و عدم تأثيره شيئا خرج ما هو محل الخلاف بين العلماء من حيث اللزوم و العدم و هو المعاملة الجامعة للشروط عدا الصيغة و بقى الباقى و بما ذكرنا يظهر وجه تحريم الربا فيه أيضا و إن خصصنا الحكم بالبيع بل الظاهر التحريم حتى عند من لا يراها مفيدة للملك لأنها معاوضة عرفية و إن لم تفد الملك بل معاوضة شرعية- كما اعترف بها الشهيد رحمه الله فى موضع من الحواشى حيث قال إن المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة انتهى و لو قلنا إن المقصود للمتعاطيين الإباحة لا الملك فلا يبعد أيضا جريان

المکاسب، ج ۲، ص ۸۸

الربا لكونها معاوضة عرفا فتأمل و أما حكم جريان الخيار فيها قبل اللزوم فيمكن نفيه على المشهور لأنها جائزة عندهم فلا معنى للخيار و إن قلنا بإفادة الملك فيمكن القول بثبوت الخيار فيه مطلقا بناء على صيرورتها بيعا بعد اللزوم كما سيأتى عند تعرض الملزمات فالخيار موجود من زمن المعاطاة إلا ـ أن أثره يظهر بعد اللزوم و على هذا فيصح إسقاطه و المصالحة عليه قبل اللزوم و يحتمل أن يفصل بين الخيارات المختصة بالبيع فلا تجرى لاختصاص أدلتها بما وضع على اللزوم من غير جهة الخيار و بين غيرها كخيار الغبن و العيب بالنسبة إلى الرد دون الأرش فتجرى لعموم أدلتها و أما حكم الخيار بعدم اللزوم فسيأتى بعد ذكر الملزمات.

الأمر الثانى أن المتيقن من مورد المعاطاة هو حصول التعاطى فعلا من الطرفين

فالملك أو الإباحة فى كل منهما بالإعطاء فلو حصل الإعطاء من جانب واحد و لم يحصل ما يوجب إباحة الآخر أو ملكيته فلا يتحقق المعاوضة و لا ـ الإباحة رأسا لأن كلا ـ منهما ملك أو مباح فى مقابل ملكية الآخر أو الإباحة إلا أن الظاهر من جماعة من متأخرى المتأخرين تبعا للشهيد فى الدروس جعله من المعاطاة و لا ريب أنه لا يصدق معنى المعاطاة- لكن هذا لا يقدح فى جريان حكمها عليه بناء على عموم الحكم لكل بيع فعلى فيكون إقباض أحد العوضين من مالكه تمليكا له بعوض أو مبيحا له به و أخذ الآخر له تملكا له بالعوض أو إباحة له بإزائه فلو كان المعطى هو الثمن كان دفعه على القول بالملك و البيع اشتراء و أخذه بيعا للمثمن به فيحصل الإيجاب و القبول الفعليان بفعل واحد [فى زمان واحد ثم صحة هذا على القول بكون المعاطاة بيعا مملكا واضحة إذ يدل

عليها ما دل على صحة المعاطاة من الطرفين. و أما على القول بالإباحة فيشكل بأنه بعد عدم حصول الملك بها لا دليل على تأثيرها في الإباحة اللهم إلا أن يدعى قيام السيرة عليها كقيامها على المعاطاة الحقيقي و ربما يدعى انعقاد المعاطاة بمجرد إيصال الثمن و أخذ المثمن- من غير صدق إعطاء أصلا فضلا عن التعاطي كما تعارف أخذ الماء مع غيبة السقاء و وضع الفلس في المكان المعد له إذا علم من حال السقاء الرضا بذلك و كذا غير الماء من المحقرات كالخضراوات و نحوها و من هذا القبيل الدخول في الحمام و وضع الأجرة في كوز صاحب الحمام مع غيبته فالمعيار في المعاطاة وصول العوضين أو أحدهما مع الرضا في التصرف و يظهر ذلك من المحقق الأردبيلي رحمه الله أيضا في مسألة المعاطاة و سيأتي توضيح ذلك في مقامه إن شاء الله. ثم إنه لو قلنا إن اللفظ غير المعتبر في العقد كالفعل في انعقاد المعاطاة أمكن خلو المعاطاة من الإعطاء و الإيصال رأسا فيتقاولان على مبادلة شيء بشيء من غير إيصال و لا يبعد صحته مع صدق البيع عليه بناء على الملك و أما على القول بالإباحة فالإشكال المتقدم هنا آكد.

الأمر الثالث تمييز البائع عن المشتري في المعاطاة الفعلية

مع كون أحد العوضين مما تعارف جعله ثمنا كالدراهم و الدنانير و الفلوس المسكوكة واضح فإن صاحب الثمن هو المشتري ما لم يصرح بالخلاف و أما مع كون العوضين من غيرها فالثمن ما قصدا قيامه مقام المثمن في العوضية فإذا أعطى الحنطة في مقام اللحم قاصدا أن هذا المقدار من الحنطة يساوي درهما هو ثمن اللحم فيصدق عرفا أنه اشترى اللحم بالحنطة و إذا انعكس انعكس الصدق فيكون المدفوع بنية البدلية عن الدراهم و الدنانير هو الثمن و صاحبه هو المشتري و لو لم يلاحظ إلا كون أحدهما بدلا عن الآخر من دون نية قيام أحدهما مقام المثمن في العوضية أو لوحظت القيمة في كليهما بأن لوحظ كون المقدار من اللحم بدرهم و ذلك المقدار من الحنطة بدرهم فتعاطيا من غير سبق مقاولة تدل على كون أحدهما بالخصوص بائعا ففي كونه بيعا و شراء بالنسبة إلى كل منهما بناء على أن البيع لغة كما عرفت مبادلة مال بمال و الشراء ترك شيء و أخذ غيره كما عن بعض أهل اللغة فيصدق على صاحب اللحم أنه باعه بحنطة و أنه اشترى الحنطة فيحنث لو حلف على عدم بيع اللحم و عدم شراء الحنطة. نعم لا يترتب عليهما أحكام البائع و لا المشتري لانصرافهما في أدلة تلك إلى من اختص بصفة البيع أو الشراء فلا تعم من كان في معاملة واحدة مصداقا لهما باعتبارين أو كونه بيعا بالنسبة إلى من يعطي أولا لصدق الموجب عليه و شراء بالنسبة إلى الآخذ لكونه قابلا عرفا أو كونه معاطاة مصالحة لأنها بمعنى التسالم على شيء و لذا حملوا الرواية الواردة في قول أحد الشريكين لصاحبه لك ما عندك و لي ما عندي على الصلح أو كونه معاوضة مستقلة لا يدخل تحت العناوين المتعارفة وجوه لا يخلو ثانيها عن قوة لصدق تعريف البائع لغة و عرفا على الدافع أولا دون الآخر و صدق المشتري على الآخذ أولا دون الآخر فتدبر.

الرابع أن أصل المعاطاة و هو إعطاء كل منهما الآخر ماله

يتصور بحسب قصد المتعاطيين على وجوه أحدها أن يقصد كل منهما تمليك ماله بمال الآخر- و الآخر في أخذه قابلا و متملكا بإزاء ما يدفعه فلا- يكون في دفعه العوض إنشاء تمليك بل دفع لما التزمه على نفسه بإزاء ما تملكه فيكون الإيجاب و القبول بدفع العين الأولى و قبضها فدفع العين الثانية خارج عن حقيقة المعاطاة فلو مات الآخذ قبل دفع ماله مات بعد تمام المعاطاة و بهذا الوجه صححنا سابقا عدم توقف المعاطاة على قبض كلا العوضين فيكون إطلاق المعاطاة عليه من حيث حصول المعاملة فيه بالعطاء دون القول لا من حيث كونها متقومة بالعطاء من الطرفين و مثله في هذا الإطلاق لفظ المصالحة و المساقاة و المزارعة و المؤاجرة و غيرها و بهذا الإطلاق يستعمل المعاطاة في الرهن و القرض و الهبة و ربما يستعمل في المعاملة الحاصلة بالفعل و لو لم يكن إعطاء و في صحته تأمل ثانيها أن يقصد كل منهما تمليك الآخر ماله بإزاء تمليك ماله إياه فيكون تمليك بإزاء تمليك فالمقابلة بين التملكين لا

الملكين و المعاملة متقومة بالعطاء من الطرفين فلو مات الثانى قبل الدفع لم يتحقق المعاطاة و هذا بعيد عن معنى البيع و قريب إلى الهبة المعوضة لكون كل من المالين خاليا عن العوض لكن إجراء حكم الهبة المعوضة عليه مشكل إذ لو لم يملكه الثانى هنا لم يتحقق التمليك من الأول لأنه إنما ملكه بإزاء تمليكه فما لم يتحقق تمليك من الثانى لم يتحقق تملكه إلا أن يكون تمليك الآخر له ملحوظا عند تمليك الأول على نحو الداعى لا العوض فلا يقدح تخلفه فالأولى أن يقال إنها مصالحة و تسالم على أمر معين أو

المكاسب، ج۲، ص ۸۹

معاوضة مستقلة. ثالثها أن يقصد الأول إباحة ماله بعوض- فيقبل الآخر بأخذه إياه فيكون الصادر من الأول الإباحة بالعوض و من الثانى بقبوله لها التمليك كما لو صرح بقوله أبحت لك كذا بدرهم. رابعها أن يقصد كل منهما الإباحة بإزاء إباحة أخرى فيكون إباحة بإزاء إباحة أو إباحة بداعى إباحة على ما تقدم نظيره فى الوجه الثانى من إمكان تصوره على نحو الداعى و على نحو العوضية و كيف كان فالإشكال فى حكم القسمين الأخيرين على فرض قصد المتعاطيين لهما و منشأ الإشكال أولا الإشكال فى صحة إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على ملكية المتصرف بأن يقول أبحت لك كل تصرف من دون أن يملكه العين و ثانيا الإشكال فى صحة الإباحة بالعوض الراجعة إلى عقد مركب من إباحة و تمليك. فنقول أما إباحة جميع التصرفات حتى المتوقفة على الملك فالظاهر أنه لا- يجوز- إذ التصرف الموقوف على الملك لا- يسوغ لغير المالك بمجرد إذن المالك فإن إذن المالك ليس مشرعا و إنما يمضى فيما يجوز شرعا فإذا كان بيع الإنسان مال غيره لنفسه بأن يملك الثمن مع خروج المبيع عن ملك غيره غير معقول كما صرح به العلامة فى القواعد فكيف يجوز للمالك أن يأذن فيه. نعم يصح ذلك بأحد الوجهين كلاهما فى المقام مفقود أحدهما أن يقصد المبيح بقوله أبحت لك أن تبيع مالى أن ينشئ توكيلا له لنفسك [إنشاء توكيل له فى بيع ماله له ثم نقل الثمن إلى نفسه بالهبة أو فى نقله أولا- إلى نفسه ثم بيعه أو تمليكا له بنفس هذه الإباحة فيكون إنشاء تمليك له و يكون بيع المخاطب بمنزلة قبوله كما صرح فى التذكرة بأن قول الرجل لمالك العبد أعتق عبدك عنى بكذا استدعاء لتمليكه و إعتاق المولى عنه جواب لذلك الاستدعاء فيحصل النقل و الانتقال بهذا الاستدعاء و الجواب و يقدر وقوعه قبل العتق آنا ما فيكون هذا بيعا ضمنيا لا يحتاج إلى الشروط المقررة لعقد البيع و لا شك أن المقصود فيما نحن فيه ليس الإذن فى نقل المال إلى نفسه أولا و لا فى نقل الثمن إليه ثانيا و لا قصد التمليك بالإباحة المذكورة و لا قصد المخاطب التملك عند البيع حتى يتحقق تمليك ضمنى مقصود للمتكلم و المخاطب كما كان مقصودا و لو إجمالا فى مسألة أعتق عبدك عنى و لذا عد العامة و الخاصة من الأصوليين دلالة هذا الكلام على التمليك من دلالة الاقتضاء التى عرفوها بأنها دلالة مقصودة للمتكلم تتوقف صحة الكلام عقلا أو شرعا عليه فمثلوا للعقلى بقوله تعالى وَ سْئَلِ الْقَرْيَةَ و للشرعى بهذا المثال و من المعلوم بحكم الفرض أن المقصود فيما نحن فيه ليس إلا مجرد الإباحة. الثانى أن يدل دليل شرعى- على حصول الملكية للمباح له بمجرد الإباحة- فيكون كاشفا عن ثبوت الملك له عند إرادة البيع آنا ما فيقع البيع فى ملكه أو يدل دليل شرعى على انتقال الثمن عن المبيح بلا- فصل بعد البيع فيكون ذلك شبه دخول العمودين فى ملك الشخص آنا ما لا يقبل غير العتق فإنه حينئذ يقال بالملك المقدر آنا ما للجمع بين الأدلة و هذا الوجه مفقود فيما نحن فيه إذ المفروض أنه لم يدل دليل بالخصوص على صحة هذه الإباحة العامة و إثبات صحته بعموم مثل الناس مسلطون على أموالهم يتوقف على عدم مخالفة مؤداه لقواعد أخرى مثل توقف انتقال الثمن إلى الشخص على كون المثمن مالا- له و توقف صحة العتق على الملك و صحة الوطى على التحليل بصيغة خاصة لا بمجرد الإذن فى مطلق التصرف. و لأجل ما ذكرنا صرح المشهور بل قيل لم يوجد خلاف فى أنه لو دفع إلى غيره مالا و قال اشتر به لنفسك طعاما من غير قصد الإذن فى اقتراض المال قبل الشراء أو اقتراض الطعام أو استيفاء الدين منه بعد الشراء لم يصح كما صرح به فى مواضع من القواعد و علله فى بعضها بأنه لا يعقل شراء شىء لنفسه بمال الغير و هو كذلك فإن مقتضى مفهوم المعاوضة و المبادلة دخول العوض فى ملك من خرج المعوض عن ملكه و إلا لم يكن عوضا و بدلا و لما ذكرنا حكم الشيخ و غيره بأن الهبة الخالية عن الصيغة تفيد إباحة التصرف لكن لا يجوز وطء الجارية مع أن الإباحة المتحققة من الواهب يعم جميع التصرفات. و عرفت أيضا أن

الشهید فی الحواشی لم یجوز إخراج المأخوذ بالمعاطاة فی الخمس و الزکاة و ثمن الهدی و لا وطء الجاریة مع أن مقصود المتعاطیین الإباحة المطلقة و دعوی أن الملک التقدیری هنا أیضا لا یتوقف علی دلالة دلیل خاص بل تکفی الدلالة بمجرد الجمع بین عموم الناس مسلطون علی أموالهم الدال علی جواز هذه الإباحة المطلقة و بین أدلة توقف مثل العتق و البیع علی الملک نظیر الجمع بین الأدلة فی الملک التقدیری مدفوعة بأن عموم الناس مسلطون علی أموالهم إنما یدل علی تسلط الناس علی أموالهم لا علی أحکامهم فمقتضاه إمضاء الشارع لإباحة المالک کل تصرف جائز شرعا فالإباحة و إن کانت مطلقة إلا أنه لا یباح بتلک الإباحة المطلقة إلا ما هو جائز بذاته فی الشریعة. و من المعلوم أن بیع الإنسان مال غیره لنفسه غیر جائز بمقتضی العقل و النقل الدالین علی لزوم دخول العوض فی ملک مالک المعوض فلا یشمله العموم فی الناس مسلطون علی أموالهم حتی یثبت التنافی بینه و بین الأدلة الدالة علی توقف البیع علی الملک فیجمع بینهما بالتزام الملک التقدیری آنا ما و بالجملة دلیل عدم جواز بیع ملک الغیر أو عتقه لنفسه حاکم علی عموم- الناس مسلطون علی أموالهم الدال علی إمضاء الإباحة المطلقة من المالک علی إطلاقها نظیر حکومة الدلیل علی عدم جواز عتق مال الغیر علی وجوب الوفاء بالنذر و العهد إذا نذر عتق عبد غیره له أو لنفسه فلا- یتوهم الجمع بینهما بالملک القهری للناذر. نعم لو کان هناک تعارض و تزاحم من الطرفین بحیث أمکن تخصیص کل منهما لأجل الآخر أمکن الجمع بینهما بالقول بحصول الملک القهری آنا ما فتأمل. و أما حصول الملک فی الآن المتعقب بالبیع أو العتق فیما إذا باع الواهب عبده الموهوب أو أعتقه فلیس ملکا تقدیریا نظیر الملک التقدیری فی الدیة بالنسبة إلی المیت- أو شراء العبد المعتق علیه- بل هو ملک حقیقی حاصل قبل البیع من جهة کشف البیع عن الرجوع قبله فی الآن المتصل بناء علی الاکتفاء بمثل هذا فی الرجوع و لیس کذلک فیما نحن فیه. و بالجملة فما نحن فیه لا ینطبق علی التملیک الضمنی المذکور أولا فی أعتق عبدک عنی لتوقفه علی القصد و لا علی الملک المذکور ثانیا فی شراء من ینعتق علیه

المکاسب، ج۲، ص ۹۰

لتوقفه علی التنافی بین دلیل التسلط و دلیل توقف العتق علی الملک و عدم حکومة الثانی علی الأول و لا علی التملیک الضمنی المذکور ثالثا فی بیع الواهب و ذی الخیار لعدم تحقق سبب الملک هنا سابقا بحیث یکشف البیع عنه فلم یبق إلا الحکم ببطلان الإذن فی بیع ماله لغیره- سواء صرح بذلک کما لو قال بع مالی لنفسک أو اشتر بمالی لنفسک أم أدخله فی عموم قوله أبحت لک کل تصرف فإذا باع المباح له علی هذا الوجه وقع البیع للمالک إما لازما بناء علی أن قصد البائع البیع لنفسه غیر مؤثر أو موقوفا علی الإجازة بناء علی أن المالک لم ینو تملک الثمن هذا و لکن الذی یظهر من جماعة- منهم قطب الدین و الشهید رحمهما الله فی باب بیع الغاصب أن تسلیط المشتری البائع الغاصب علی الثمن و الإذن فی إتلافه یوجب جواز شراء الغاصب به شیئا و أنه یملک الثمن بدفعه إلیه فلیس للمالک إجازة هذا الشراء و یظهر أیضا من محکی المختلف حیث استظهر من کلامه فیما لو اشتری جاریة بعین مغصوبة أن له وطء الجاریة مع علم البائع بغصبیة الثمن فراجع.

و مقتضی ذلک أن یکون تسلیط الشخص لغیره علی ماله و إن لم یکن علی وجه الملکیة یوجب جواز التصرفات المتوقفة علی الملک فتأمل و سیأتی توضیحه فی مسألة البیع الفضولی إن شاء الله. و أما الکلام فی صحة الإباحة بالعوض- سواء صححنا إباحة التصرفات المتوقفة علی الملک أم خصصنا الإباحة بغیرها فمحصله أن هذا النحو من الإباحة المعوضة لیست معاوضة مالیة لیدخل کل من العوضین فی ملک مالک العوض الآخر بل کلاهما ملک للمبیح إلا أن المباح له یستحق التصرف فیشکل الأمر فیه من جهة خروجه عن المعاوضات المعهودة شرعا و عرفا مع التأمل فی صدق التجارة علیها فضلا عن البیع إلا أن یکون نوعا من الصلح لمناسبة له لغة لأنه فی معنی التسالم علی أمر بناء علی أنه لا- یشترط فیه لفظ الصلح کما یستفاد من بعض الأخبار الدال علی صحته بقول المتصالحین لک ما عندک و لی ما عندی و نحوه ما ورد فی مصالحة الزوجین و لو کانت معاملة مستقلة کفی فیها عموم الناس مسلطون علی أموالهم و المؤمنون عند شروطهم و علی تقدیر الصحة ففی لزومها مطلقا- لعموم المؤمنون عند شروطهم أو من طرف

المباح له حيث إنه يخرج ماله عن ملكه دون المبيح حيث إن ماله باق على ملكه فهو مسلط عليه أو جوازها مطلقا وجوه أقواها أولها ثم أوسطها. و أما حكم الإباحة بالإباحة فالإشكال فيه أيضا يظهر مما ذكرنا فى سابقه و الأقوى فيها أيضا الصحة و اللزوم للعموم أو الجواز من الطرفين لأصالة التسلط.

الخامس فى حكم جريان المعاطاة فى غير البيع من العقود و عدمه

اعلم أنه ذكر المحقق الثانى رحمه الله فى جامع المقاصد- على ما حكى عنه أن فى كلام بعضهم ما يقتضى اعتبار المعاطاة فى الإجارة و كذا فى الهبة و ذلك لأنه إذا أمره بعمل على عوض معين فعمله استحق الأجرة و لو كانت هذه إجارة فاسدة لم يجز له العمل و لم يستحق أجرة مع علمه بالفساد و ظاهرهم الجواز بذلك و كذا لو وهب بغير عقد فإن ظاهرهم جواز الإتلاف و لو كانت هبة فاسدة لم يجز بل يمنع من مطلق التصرف و هى ملاحظة وجيهة انتهى.

و فيه أن معنى جريان المعاطاة فى الإجارة على مذهب المحقق الثانى- الحكم بملك المأمور الأجر المعين على الأمر و ملك الأمر العمل المعين على المأمور به و لم نجد من صرح به فى المعاطاة. و أما قوله لو كانت إجارة فاسدة لم يجز له العمل فموضع نظر لأن فساد المعاملة لا يوجب منعه عن العمل و لا سيما إذا لم يكن العمل تصرفا فى عين من أموال المستأجر. و قوله لم يستحق أجرة مع علمه بالفساد ممنوع لأن الظاهر ثبوت أجرة المثل لأنه لم يقصد التبرع و إنما قصد عوضا لم يسلم إليه. و أما مسألة الهبة فالحكم فيها بجواز إتلاف الموهوب لا يدل على جريان المعاطاة فيها إلا إذا قلنا فى المعاطاة بالإباحة فإن جماعة كالشيخ و الحلى و العلامة صرحوا بأن إعطاء الهدية من دون الصيغة يفيد الإباحة دون الملك لكن المحقق الثانى رحمه الله ممن لا يرى كون المعاطاة عند القائلين بهما مفيدة للإباحة المجردة و توقف الملك فى الهبة على الإيجاب و القبول كاد أن يكون متفقا عليه كما يظهر من المسالك و مما ذكرنا يظهر المنع فى قوله بل مطلق التصرف هذا و لكن الأظهر بناء على جريان المعاطاة فى البيع جريانها فى غيره من الإجارة و الهبة لكون الفعل مفيدا لتمليك فيهما. و ظاهر المحكى عن التذكرة عدم القول بالفصل بين البيع و غيره حيث قال فى باب الرهن إن الخلاف فى الاكتفاء فيه بالمعاطاة و الاستيجاب و الإيجاب عليه المذكور فى البيع آت هنا لكن استشكله فى محكى جامع المقاصد بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطاة بالإجماع بخلاف ما هنا و لعل وجه الإشكال عدم تأدى المعاطاة بالإجماع فى الرهن على النحو الذى أجروها فى البيع- لأنها هناك إما مفيدة للإباحة أو الملكية الجائزة على الخلاف و الأول غير متصور هنا و أما الجواز فكذلك لأنه ينافى الوثوق الذى به قوام مفهوم الرهن خصوصا بملاحظة أنه لا يتصور هنا ما يوجب رجوعها إلى اللزوم ليحصل به الوثيقة فى بعض الأحيان و إن جعلناها مفيدة للزوم كان مخالفا لما أطبقوا عليه من توقف العقود اللازمة على اللفظ و كان هذا هو الذى دعا المحقق الثانى إلى الجزم بجريان المعاطاة فى مثل الإجارة و الهبة و القرض و الاستشكال فى الرهن. نعم من لا يبالى مخالفة ما هو المشهور بل المتفق عليه بينهم من توقف العقود اللازمة على اللفظ أو حمل تلك العقود على اللازمة من الطرفين فلا يشمل الرهن و لذا جوز بعضهم الإيجاب بلفظ الأمر كخذه و الجملة الخبرية أمكن أن يكون بإفادة المعاطاة فى الرهن اللزوم لإطلاق بعض أدلة الرهن و لم يقم هنا إجماع- على عدم اللزوم كما قام فى المعاوضات. و لأجل ما ذكرنا فى الرهن يمنع من جريان المعاطاة فى الوقف بأن يكتفى فيه بالإقباض لأن القول فيه باللزوم مناف لما اشتهر بينهم من توقف اللزوم على اللفظ و الجواز غير معروف فى الوقف من الشارع فتأمل. نعم يظهر الاكتفاء بغير اللفظ فى باب وقف المساجد من الذكرى تبعا للشيخ رحمه الله ثم إن الملزم فيما تجرى فيه من العقود الأخر هو الملزم فى باب البيع كما سننبه به بعد هذا

الأمر السادس فى ملزمات المعاطاة على كل من القول بالملك و القول بالإباحة

. اعلم أن الأصل على القول بالملك اللزوم لما عرفت من الوجوه الثمانية المتقدمة و أما على القول بالإباحة فالأصل عدم اللزوم- لقاعدة تسلط الناس على أموالهم و أصالة سلطنة المالك

المكاسب، ج۲، ص ۹۱

الثابتة قبل المعاطاة و هي حاكمة على أصالة بقاء الإباحة الثابتة قبل رجوع المالك لو سلم جريانها إذا عرفت هذا فاعلم أن تلف العوضين ملزم إجماعا على الظاهر المصرح به في بعض العبائر أما على القول بالإباحة فواضح لأن تلفهما من مال المالك و لم يحصل ما يوجب ضمان كل منهما مال صاحبه- و توهم جريان قاعدة الضمان باليد هنا مندفع بما سيجيء. و أما على القول بالملك فلما عرفت من أصالة اللزوم و المتيقن من مخالفتها جواز تراد العينين و حيث ارتفع مورد التراد امتنع و لم يثبت قبل التلف جواز المعاملة على نحو جواز البيع الخياري- حتى يستصحب بعد التلف لأن هذا الجواز من عوارض العقد لا العوضين- فلا مانع من بقائه- بل لا دليل على ارتفاعه بعد تلفهما بخلاف ما نحن فيه فإن الجواز فيه هنا بمعنى جواز الرجوع في العين نظير جواز الرجوع في العين الموهوبة فلا يبقى بعد التلف متعلق الجواز بل الجواز هنا يتعلق بموضوع التراد لا مطلق الرجوع الثابت في الهبة هذا مع أن الشك في أن متعلق الجواز هل هو أصل المعاملة أو الرجوع في العين أو تراد العينين يمنع من استصحابه فإن المتيقن تعلقه بالتراد إذ لا دليل في مقابلة أصالة اللزوم على ثبوت أزيد من جواز تراد العينين الذي لا يتحقق إلا مع بقائهما و منه يعلم حكم ما لو تلفت إحدى العينين- أو بعضها على القول بالملك. و أما على القول بالإباحة فقد استوجه بعض مشايخنا وفاقا لبعض معاصريه تبعا للمسالك أصالة عدم اللزوم لأصالة بقاء سلطنة مالك العين الموجودة و ملكه لها- و فيه أنها معارضة- بأصالة براءة ذمته عن مثل التالف عنده أو قيمته- و التمسك بعموم على اليد هنا في غير محله- بعد القطع بأن هذه اليد قبل تلف العين لم يكن يد ضمان و لا بعده إذا بنى مالك العين الموجودة على إمضاء المعاطاة و لم يرد الرجوع إنما الكلام في الضمان إذا أراد الرجوع و ليس هذا من مقتضى اليد قطعا هذا و لكن يمكن أن يقال إن أصالة بقاء السلطنة حاكمة على أصالة عدم الضمان بالمثل أو القيمة مع أن ضمان التالف ببدله معلوم- إلا أن الكلام في أن البدل هو البدل الحقيقي أعني المثل أو القيمة أو البدل الجعلي أعني العين الموجودة فلا أصل هذا مضافا إلى ما قد يقال من أن عموم الناس مسلطون على أموالهم يدل على السلطنة على المال الموجود بأخذه و على المال التالف بأخذ بدله الحقيقي و هو المثل أو القيمة فتدبر. و لو كان أحد العوضين دينا في ذمة أحد المتعاطيين- فعلى القول بالملك يملكه من في ذمته فيسقط عنه و الظاهر أنه في حكم التلف لأن الساقط لا يعود و يحتمل العود و هو ضعيف- و الظاهر أن الحكم كذلك على القول بالإباحة فافهم. و لو نقلت العينان أو إحداهما بعقد لازم فهو كالتلف على القول بالملك لامتناع التراد- و كذا على القول بالإباحة إذا قلنا بإباحة التصرفات الناقلة. و لو عادت العين بفسخ ففي جواز التراد على القول بالملك لإمكانه فيستصحب و عدمه لأن المتيقن من التراد هو المحقق قبل خروج العين عن ملك مالكه وجهان أجودهما ذلك إذ لم يثبت في مقابلة أصالة اللزوم جواز التراد بقول مطلق بل المتيقن منه غير ذلك- فالموضوع غير محرز في الاستصحاب.

و كذا على القول بالإباحة لأن التصرف الناقل يكشف عن سبق الملك للمتصرف فيرجع بالفسخ إلى ملك الثاني فلا دليل على زواله بل الحكم هنا أولى منه على القول بالملك لعدم تحقق جواز التراد في السابق هنا حتى يستصحب بل المحقق أصالة بقاء سلطنة المالك الأول المقطوع بانتفائها. نعم لو قلنا إن الكاشف عن الملك هو العقد الناقل فإذا فرضنا ارتفاعه بالفسخ عاد الملك إلى المالك الأول و إن كان مباحا لغيره ما لم يسترد عوضه كان مقتضى قاعدة السلطنة جواز التراد لو فرض كون العوض الآخر باقيا على ملك مالكه الأول أو عائدا إليه بفسخ و كذا لو قلنا إن البيع لا يتوقف على سبق الملك بل يكفي فيه إباحة التصرف و الإتلاف و يملك الثمن بالبيع كما تقدم استظهاره عن جماعة في الأمر الرابع لكن الوجهين ضعيفان بل الأقوى رجوعه بالفسخ إلى البائع. و لو كان الناقل عقدا جائزا لم يكن لمالك العين الباقية إلزام الناقل بالرجوع فيها و لا رجوعه بنفسه إلى عينه فالتراد غير متحقق و تحصيله غير واجب و كذا على القول بالإباحة لكون المعاوضة كاشفة عن سبق الملك. نعم لو كان غير معاوضة كالهبة- و قلنا إن التصرف في

مثله لا- يكشف عن سبق الملك إذ لا- عوض فيه حتى لا- يعقل كون العوض ما لا لأحد و انتقال المعوض إلى الآخر بل الهبة ناقلة للملك عن ملك المالك المتهب فيتحقق حكم جواز الرجوع بالنسبة إلى المالك لا الواهب اتجه الحكم بجواز التراد مع بقاء العين الأخرى أو عودها إلى مالكها بهذا النحو من العود إذ لو عادت بوجه آخر كان حكمه حكم التلف. و لو باع العين ثالث فضولا فأجاز المالك الأول على القول بالملك لم يبعد كون إجازته رجوعا كبيعه و سائر تصرفاته الناقلة. و لو أجاز المالك الثانى نفذت بغير إشكال و ينعكس الحكم إشكالا و وضوحا على القول بالإباحة و لكل منهما رد العين قبل إجازة الآخر- . و لو رجع الأول فأجاز الثانى فإن جعلنا الإجازة كاشفة لغا الرجوع و يحتمل عدمه لأنه رجوع قبل تصرف الآخر فينفذ و تلغو الإجازة و إن جعلناها ناقلة لغت الإجازة قطعا. و لو امتزجت العينان أو إحداهما سقط الرجوع على القول بالملك لامتناع التراد و يحتمل الشركة و هو ضعيف. أما على القول بالإباحة فالأصل بقاء التسلط على ماله الممتزج بمال الغير فيصير المالك شريكا مع المال الممتزج به نعم لو كان المزج ملحقا له بالإتلاف- جرى عليه حكم التلف. و لو تصرف فى العين تصرفا مغيرا للصورة- كطحن الحنطة و فصل الثوب فلا- لزوم على القول بالإباحة و على القول بالملك ففى اللزوم وجهان مبنيان على جريان استصحاب جواز التراد و منشأ الإشكال أن الموضوع فى الاستصحاب عرفى أو حقيقى ثم إنك قد عرفت مما ذكرنا أنه ليس جواز الرجوع فى مسألة المعاطاة- نظير الفسخ فى العقود اللازمة حتى يورث بالموت و يسقط بالإسقاط ابتداء أو فى ضمن معاملة بل هو على القول بالملك نظير الرجوع فى الهبة- و على القول بالإباحة نظير الرجوع فى إباحة الطعام بحيث يناط الحكم فيه بالرضا

المكاسب، ج۲، ص ۹۲

الباطنى بحيث لو علم كراهة المالك باطنا لم يجز له التصرف فلو مات أحد المالكين لم يجز لوارثه الرجوع على القول بالملك للأصل لأن من له و إليه الرجوع هو المالك الأصلى و لا يجرى الاستصحاب. و لو جن أحدهما فالظاهر قيام وليه مقامه فى الرجوع على القولين.

السابع أن الشهيد الثانى فى المسالك ذكر وجهين فى صيرورة المعاطاة بيعا بعد التلف أو معاوضة مستقلة

قال يحتمل الأول لأن المعاوضات محصورة و ليست إحداها و كونها معاوضة برأسها يحتاج إلى دليل و يحتمل الثانى لإطباقهم على أنها ليست بيعا حال وقوعها فكيف تصير بيعا بعد التلف و تظهر الفائدة فى ترتب الأحكام المختصة بالبيع عليها كخيار الحيوان لو كان التالف الثمن أو بعضه- و على تقدير ثبوته فهل الثلاثة من حين المعاطاة أو من حين اللزوم كل محتمل و يشكل الأول بقولهم إنها ليست بيعا و الثانى بأن التصرف ليس معاوضة بنفسها اللهم إلا أن تجعل المعاطاة جزء السبب و التلف تمامه و الأقوى عدم ثبوت خيار الحيوان هنا بناء على أنها ليست لازمة و إنما يتم على قول المفيد و من تبعه و أما خيار العيب و الغبن فيثبتان على التقديرين كما أن خيار المجلس منتف انتهى. و الظاهر أن هذا تفريع على القول بالإباحة فى المعاطاة و أما على القول بكونها مفيدة للملك المتزلزل فينبغى الكلام فى كونها معاوضة مستقلة أو بيعا متزلزلا قبل اللزوم حتى يتبعه حكمها بعد اللزوم إذ الظاهر أنه عند القائلين بالملك المتزلزل بيع بلا إشكال فى ذلك عندهم على ما تقدم من المحقق الثانى فإذا لزم صار بيعا لازما فتلحقه أحكام البيع عدا ما استفيد من دليله ثبوته للبيع العقدى الذى مبناه على اللزوم لو لا الخيار. و قد تقدم أن الجواز هنا لا يراد به ثبوت الخيار و كيف كان فالأقوى أنها على القول بالإباحة بيع عرفى لم يصححه الشارع و لم يمضه إلا- بعد تلف إحدى العينين أو ما فى حكمه و بعد التلف تترتب عليه أحكام البيع- عدا ما اختص دليله بالبيع الواقع صحيحا من أول الأمر. و المحكى من حواشى الشهيد- أن المعاطاة معاوضة مستقلة جائزة أو لازمة- و الظاهر أنه أراد التفريع على مذهبه من الإباحة و كونها معاوضة قبل اللزوم من جهة كون كل من العينين مباحا عوضا عن الأخرى لكن لزوم هذه المعاوضة لا يقتضى حدوث الملك كما لا يخفى فلا بد أن يقول بالإباحة اللازمة فافهم.

الثامن لا إشكال فی تحقق المعاطاة المصطلحة التی هی معرکة الآراء بین الخاصة و العامة بما إذا تحقق إنشاء التملیک أو الإباحة بالفعل

و هو قبض العینین أما إذا حصل بالقول غیر الجامع لشرائط اللزوم فإن قلنا بعدم اشتراط اللزوم بشیء زائد علی الإنشاء اللفظی کما قویناه سابقا بناء علی التخلص بذلک عن اتفاقهم علی توقف العقود اللازمة علی اللفظ فلا إشکال فی صیرورة المعاملة بذلک عقدا لازما و إن قلنا بمقالة المشهور من اعتبار أمور زائدة علی اللفظ فهل یرجع ذلک الإنشاء القولی إلی حکم المعاطاة مطلقا أو بشرط تحقق قبض العین معه أو لا یتحقق به مطلقا. نعم إذا حصل إنشاء آخر بالقبض المتحقق بعده تحقق المعاطاة فالإنشاء القولی السابق کالعدم لا عبرة به و لا بوقوع القبض به خالیا عن قصد الإنشاء بل بانیا علی کونه حقا لازما لکونه من آثار الإنشاء القولی السابق نظیر القبض فی العقد الجامع للشرائط ظاهر کلام غیر واحد من مشایخنا المعاصرین الأول تبعا لما یستفاد من ظاهر کلام المحقق و الشهید الثانیین. قال المحقق فی صیغ عقوده [علی ما حکی عنه بعد ذکره الشروط المعتبرة فی الصیغة] إنه لو أوقع البیع بغیر ما قلناه و علم التراضی منهما کان معاطاة انتهی و فی الروضة فی مقام عدم کفایة الإشارة مع القدرة علی النطق أنها تفید المعاطاة مع الإفهام الصریح انتهی و ظاهر الکلامین صورة وقوع الإنشاء بغیر القبض بل یکون القبض من آثاره و ظاهره کصریح جماعة منهم المحقق و العلامة أنه لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم یملک و کان مضمونا علیه هو الوجه الأخیر لأن مرادهم بالعقد الفاسد إما خصوص ما کان فساده من جهة مجرد اختلال شروط الصیغة کما ربما یشهد به ذکر هذا الکلام بعد شروط الصیغة و قبل شروط العوضین و المتعاقدین و إما ما یشتمل هذا و غیره کما هو الظاهر و کیف کان فالصورة الأولی داخلة قطعا و لا یخفی أن الحکم فیها بالضمان مناف لجریان الحکم بالمعاطاة و ربما یجمع بین هذا الکلام و ما تقدم من المحقق و الشهید الثانیین فیقال إن موضوع المسألة فی عدم جواز التصرف بالعقد الفاسد ما إذا علم عدم الرضا إلا بزعم صحة المعاطاة فإذا انتفت الصحة انتفی الإذن لترتبه علی زعم الصحة فکان التصرف تصرفا بغیر إذن و أکلا للمال بالباطل لانحصار وجه الحل فی کون المعاملة بیعا أو تجارة عن تراض أو هبة أو نحوها من وجوه الرضا بأکل المال بغیر عوض. و الأولان قد انتفیا بمقتضی الفرض و کذا البواقی للقطع من جهة زعمهما صحة المعاملة بعدم الرضا بالتصرف مع عدم بذل شیء فی المقابل فالرضا المتقدم کالعدم فإن تراضیا بالعوضین بعد العلم بالفساد و استمر رضاهما فلا کلام فی صحة المعاملة و رجعت إلی المعاطاة کما إذا علم الرضا من أول الأمر بإباحتهما التصرف بأی وجه اتفق سواء صحت المعاملة أم فسدت فإن ذلک لیس من البیع الفاسد فی شیء. أقول المفروض أن الصیغة الفاقدة لبعض الشرائط لا تتضمن إلا إنشاء واحدا هو التملیک و من المعلوم أن هذا المقدار لا یوجب بقاء الإذن الحاصل فی ضمن التملیک بعد فرض انتفاء التملیک و الموجود بعده إن کان إنشاء آخر فی ضمن التقابض خرج عن محل الکلام لأن المعاطاة حینئذ إنما تحصل به لا بالعقد الفاقد للشرائط مع أنک عرفت أن ظاهر کلام الشهید و المحقق الثانیین حصول المعاوضة و المراضاة بنفس الإشارة المفهمة بقصد البیع و بنفس الصیغة الخالیة عن الشرائط لا بالتقابض الحاصل بعدهما و منه یعلم فساد ما ذکره من حصول المعاطاة بتراض جدید بعد العقد غیر مبنی علی صحة العقد ثم إن ما ذکره من التراضی الجدید بعد العلم بالفساد مع اختصاصه بما إذا علما بالفساد دون غیره من الصور مع أن کلام الجمیع مطلق. یرد علیه أن هذا التراضی إن کان تراضیا آخر حادثا بعد العقد فإن کان لا علی وجه المعاطاة بل کل منهما رضی بتصرف الآخر فی ماله من دون ملاحظة رضا صاحبه بتصرفه فی ماله فهذا لیس

المکاسب، ج۲، ص ۹۳

من المعاطاة بل هی إباحة مجانیة من الطرفین تبقی ما دام العلم بالرضا و لا یکفی فیه عدم العلم بالرجوع لأنه کالإذن الحاصل من شاهد الحال و لا یترتب علیه أثر المعاطاة من اللزوم بتلف إحدی العینین أو جواز التصرف إلی حین العلم بالرجوع أو مع ثبوت أحدهما و إن کان علی وجه المعاطاة فهذا لیس إلا التراضی السابق علی ملکیة کل منهما لمال الآخر و لیس تراضیا جدیدا بناء علی أن المقصود بالمعاطاة التملیک کما عرفته من کلام المشهور خصوصا المحقق الثانی فلا یجوز له أن یرید بقوله المتقدم عن صیغ

العقود أن الصيغة الفاقدة للشرائط مع التراضي يدخل في المعاطاة التراضي الجديد الحاصل بعد العقد لا على وجه المعاوضة. و تفصيل الكلام أن المتعاملين بالعقد الفاقد لبعض الشرائط إما أن يقع تقابضهما بغير رضا من كل منهما في تصرف الآخر بل حصل قهرا عليهما أو على أحدهما و إجبارا على العمل بمقتضى العقد فلا إشكال في حرمة التصرف في المقبوض على هذا الوجه و كذا إن وقع على وجه الرضا الناشئ عن بناء كل منهما على ملكية الآخر اعتقادا أو تشريعا كما في كل قبض وقع على هذا الوجه لأن حيثية كون القابض مالكا مستحقا لما يقبضه جهة تقييدية مأخوذة في الرضا ينتفي بانتفائها في الواقع كما في نظائره. و هذان الوجهان مما لا إشكال فيه في حرمة التصرف في العوضين كما أنه لا ـ إشكال في الجواز إذا أعرضا عن أثر العقد و تقابضا بقصد إنشاء التمليك ليكون معاطاة صحيحة عقيب عقد فاسد و إما إن وقع الرضا بالتصرف بعد العقد من دون ابتنائه على استحقاقه بالعقد السابق و لا قصد لإنشاء تمليك بل وقع مقارنا لاعتقاد الملكية الحاصلة بحيث لولاها لكان الرضا أيضا موجودا و كان المقصود الأصلي من المعاملة التصرف و أوقعا العقد الفاسد وسيلة له و يكشف عنه أنه لو سئل كل منهما عن رضاه بتصرف صاحبه على تقدير عدم التمليك أو بعد تنبيهه على عدم حصول الملك كان راضيا فإدخال هذا في المعاطاة يتوقف على أمرين الأول كفاية هذا الرضا المركوز في النفس بل الرضا الشأني لأن الموجود بالفعل هو رضاه من حيث كونه مالكا في نظره و قد صرح بعض من قارب عصرنا بكفاية ذلك و لا يبعد رجوع الكلام المتقدم ذكره إلى هذا و لعله لصدق طيب النفس على هذا الأمر المركوز في النفس. الثاني أنه لا يشترط في المعاطاة إنشاء الإباحة أو التمليك بالقبض بل و لا ـ بمطلق الفعل بل يكفي وصول كل من العوضين إلى المالك الآخر و الرضا بالتصرف قبله أو بعده على الوجه المذكور و فيه إشكال من أن ظاهر محل النزاع بين العامة و الخاصة هو العقد الفعلي كما ينبئ عنه قول العلامة رحمه الله في رد كفاية المعاطاة في البيع إن الأفعال قاصرة عن إفادة المقاصد و كذا استدلال المحقق الثاني على عدم لزومها بأن الأفعال ليست كالأقوال في صراحة الدلالة و كذا ما تقدم من الشهيد رحمه الله في قواعده من أن الفعل في المعاطاة لا يقوم مقام القول و إنما يفيد الإباحة إلى غير ذلك من كلماتهم الظاهرة في أن محل الكلام هو الإنشاء الحاصل بالتقابض و كذا كلمات العامة فقد ذكر بعضهم أن البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطي. و من أن الظاهر أن عنوان التعاطي في كلماتهم لمجرد الدلالة على الرضا و أن عمدة الدليل على ذلك هي السيرة و لذا تعدوا إلى ما إذا لم يحصل إلا قبض أحد العوضين و السيرة موجودة في المقام فإن بناء الناس على أخذ الماء و البقل و غير ذلك من الجزئيات من دكاكين أربابها مع عدم حضورهم و وضعهم الفلوس في الموضع المعد له و على دخول الحمام مع عدم حضور صاحبه و وضع الفلوس في كوز الحمامي. فالمعيار في المعاطاة وصول المالين أو أحدهما مع التراضي بالتصرف و هذا ليس ببعيد على القول بالإباحة

مقدمة في خصوص ألفاظ عقد البيع

اشارة

قد عرفت أن اعتبار اللفظ في البيع بل في جميع العقود مما نقل عليه عقد الإجماع و تحقق فيه الشهرة العظيمة مع الإشارة إليه في بعض النصوص لكن هذا يختص بصورة القدرة أما مع العجز عنه كالأخرس فمع عدم القدرة على التوكيل لا إشكال و لا خلاف في عدم اعتبار اللفظ و قيام الإشارة مقامه و كذا مع القدرة على التوكيل لا لأصالة عدم وجوبه كما قيل لأن الوجوب بمعنى الاشتراط كما فيما نحن فيه هو الأصل بل لفحوى ما ورد من عدم اعتبار اللفظ في طلاق الأخرس فإن حمله على صورة عجزه عن التوكيل حمل للمطلق على الفرد النادر مع أن الظاهر عدم الخلاف في عدم الوجوب. ثم لو قلنا إن الأصل في المعاطاة اللزوم بعد القول بإفادتها الملكية فالقدر المخرج صورة قدرة المتبايعين على مباشرة اللفظ و الظاهر أيضا كفاية الكتابة مع العجز عن الإشارة لفحوى ما ورد من النص على جوازها في الطلاق مع أن الظاهر عدم الخلاف فيه و أما مع القدرة على الإشارة فقد رجح بعض الإشارة و لعله لأنها أصرح في

الإنشاء من الكتابـة. و فی بعض روایات الطلاق ما یدل علی العکس و إلیه ذهب الحلی رحمه الله هناک. ثم الکلام فی الخصوصـیات المعتبرة فی اللفظ تارة یقع فی مواد الألفاظ من حیث إفادة المعنی بالصـراحة و الظهور و الحقیقـة و المجاز و الکنایـة و من حیث اللغة المسـتعملة فی معنی المعاملة و أخری فی هیئة کل من الإیجاب و القبول من حیث اعتبار کونه بالجملة الفعلیة و کونه بالماضی و ثالثة فی هیئـة ترکیب الإیجاب و القبول من حیث الترتیب و الموالاة أما الکلام من حیث المادة فالمشـهور عـدم وقوع العقد بالکنایات. قال فی التـذکرة الرابع من شـروط الصـیغة التصـریح فلاـ یقع بالکنایـة بیع البتـة مثل قوله أدخلته فی ملکک أو جعلته لک أو خـذه منی أو سلطتک علیه بکـذا عملا بأصالـة بقاء الملک و لأن المخاطب لا یـدری بم خوطب انتهی. و زاد فی غایـة المراد علی الأمثلـة مثل قوله أعطیتکه بکذا أو تسـلط علیه بکذا و ربما یبدل هذا باشتراط الحقیقة فی الصـیغة فلا ینعقد بالمجازات حتی صـرح بعضهم بعدم الفرق بین المجاز القریب و البعید. و المراد بالصریح کما یظهر من جماعة من الخاصة

المکاسب، ج۲، ص ۹۴

و العامة فی باب الطلاق و غیره ما کان موضوعا بعنوان ذلک العقد لغة أو شـرعا و من الکنایة ما أفاد لازم ذلک العقد بحسب الوضـع فیفیـد إرادة نفسه بالقرائن و هی علی قسـمین عنـدهم جلیـة و خفیـة. و الـذی یظهر من النصوص المتفرقـة فی أبواب العقود اللازمـة و الفتـاوی المتعرضـة لصیغها فی البیع بقول مطلق و فی بعض أنواعه و فی غیر البیع من العقود اللازمـة هو الاکتفـاء بکـل لفـظ له ظهور عرفی معتـد به فی المعنی المقصود فلاـ فرق بین قوله بعت و ملکت و بین قوله نقلت إلی ملکک أو جعلته ملکا لک بکـذا و هـذا هو الذی قواه جماعة من متأخری المتأخرین. و حکی عن جماعة ممن تقدمهم کالمحقق حیث حکی عن تلمیذه کاشف الرموز أنه حکی عن شـیخه المحقق أن عقد البیع لا یلزم فیه لفظ مخصوص و أنه اختاره أیضا و حکی عن الشـهید رحمه الله فی حواشـیه أنه جوز البیع بکل لفظ دل علیه مثل أسـلمت إلیک و عاوضتک. و حکاه فی المسالک عن بعض مشایخه المعاصرین بل هو ظاهر العلامة رحمه الله فی التحریر حیث قال إن الإیجاب هو اللفظ الدال علی النقل مثل بعتک أو ملکتک أو ما یقوم مقامهما و نحوه المحکی عن التبصرة و الإرشاد و شرحه لفخر الإسلام فإذا کان الإیجاب هو اللفظ الدال علی النقل فکیف لا ینعقد بمثل نقلته إلی ملکک أو جعلته ملکا لک بکـذا بل قـد یـدعی أنه ظاهر کل من أطلق اعتبار الإیجاب و القبول فیه من دون ذکر لفظ خاص کالشـیخ و أتباعه فتأمل. و قد حکی عن الأکثر تجویز البیع حالا بلفظ المسلم. و صرح جماعة أیضا فی بیع التولیة بانعقاده بقوله ولیتک العقد أو ولیتک السلعة و التشریک فی المبیع بلفـظ شـرکتک. و عن المسالک فی مسألـة تقبل أحـد الشـریکین فی النخل حصـة صاحبه بشـیء معلوم من الثمرة أن ظاهر الأصـحاب جواز ذلک بلفظ التقبیل مع أنه لا یخرج عن البیع أو الصـلح أو معاملة ثالثة لازمة عند جماعة هذا ما حضـرنی من کلماتهم فی البیع و أما فی غیره فظاهر جماعة فی القرض عدم اختصاصه بلفظ خاص فجوزوه بقوله تصـرف فیه أو انتفع به و علیک رد عوضـه أو خـذه بمثله و أسـلفتک و غیر ذلک مما عـدوا مثله فی البیع من الکنایات مع أن القرض من العقود اللازمـة علی حسب لزوم البیع و الإجارة. و حکی عن جماعـة فی الرهن أن إیجابه یؤدی بکل لفظ یدل علیه مثل قوله هذه وثیقة عندک. و عن الدروس تجویزه بقوله خذه أو أمسکه بمالک. و حکی عن غیر واحد تجویز إیجاب الضمان الذی هو من العقود اللازمة بلفظ تعهدت المال و تقلدته و شبه ذلک. و لقـد ذکر المحقق و جماعـة ممن تأخر عنه جواز الإجارة بلفظ العاریـة معللین بتحقق القصـد و تردد جماعة فی انعقاد الإجارة بلفظ بیع المنفعة و قد ذکر جماعة جواز المزارعة بکل لفظ یدل علی تسلیم الأرض للمزارعة. و عن مجمع البرهان کما فی غیره أنه لا خلاف فی جوازها بکل لفظ یدل علی المطلوب مع کونه ماضیا و عن المشهور جوازها بلفظ ازرع.

و قـد جوز جماعـة الوقف بلفظ حرمت و تصدقت مع القرینة الدالة علی إرادة الوقف مثل أن لا یباع و لا یورث مع عدم الخلاف کما عن غیر واحـد علی أنهمـا من الکنایـات و جوز جماعـة وقوع النکاح الـدائم بلفظ التمتع مع أنه لیس صـریحا فیه. و مع هـذه الکلمات کیف یجوز أن یسـند إلی العلمـاء أو أکثرهم وجوب إیقـاع العقـد باللفـظ الموضوع له و أنه لاـ یجوز بالألفاظ المجازیـة خصوصا مع تعمیمهـا للقریبـة و البعیـدة کمـا تقـدم عن بعض المحققین و لعله لمـا عرفت من تنـافی ما اشـتهر بینهم من عـدم جواز التعبیر بالألفاظ

المجازية فی العقود اللازمة مع ما عرفت منهم من الاكتفاء فی أكثرها بالألفاظ غیر الموضوعة لذلك العقد جمع المحقق الثانی علی ما حكی عنه فی باب السلم و النكاح بین كلماتهم بحمل المجازات الممنوعة علی المجازات البعیدة و هو جمع حسن و لعل الأولی أن یراد باعتبار الحقائق فی العقود اعتبار الدلالة اللفظیة الوضعیة سواء أ كان اللفظ الدال علی إنشاء العقد موضوعا له بنفسه أو مستعملا فیه مجازا بقرینة لفظ موضوع آخر لیرجع الإفادة بالأخرة إلی الوضع إذ لا یعقل الفرق فی الوضوح الذی هو مناط الصراحة بین إفادة لفظ للمطلب بحكم الوضع أو إفادته له بضمیمة لفظ آخر یدل بالوضع علی إرادة المطلب من ذلك اللفظ و هذا بخلاف اللفظ الذی یكون دلالته علی المطلب لمقارنة حال أو سبق مقال خارج عن العقد فإن الاعتماد علیه فی متفاهم المتعاقدین و إن كان من المجازات القریبة جدا رجوع عما بنی علیه من عدم العبرة بغیر الأقوال فی إنشاء المقاصد و لذا لم یجوزوا العقد بالمعاطاة و لو مع سبق مقال أو اقتران حال یدل علی إرادة البیع جزما. و مما ذكرنا یظهر الإشكال فی الاقتصار علی المشترك اللفظی اتكالا علی القرینة الحالیة المعینة و كذا المشترك المعنوی و یمكن أن ینطبق علی ما ذكرنا الاستدلال المتقدم فی عبارة التذكرة بقوله قدس سره لأن المخاطب لا یدری بم خوطب إذ لیس المراد أن المخاطب لا یفهم منها المطلب و لو بالقرائن الخارجیة بل المراد أن الخطاب بالكنایة لما لم یدل علی المعنی المنشأ ما لم یقصد الملزوم لأن اللازم الأعم كما هو الغالب بل المطرد فی الكنایات لا یدل علی الملزوم ما لم یقصد المتكلم خصوص الفرد المجامع مع الملزوم الخاص فالخطاب فی نفسه محتمل لا یدری المخاطب بم خوطب و إنما یفهم المراد بالقرائن الخارجیة الكاشفة عن قصد المتكلم. و المفروض علی ما تقرر فی مسألة المعاطاة أن النیة بنفسها أو مع انكشافها بغیر الأقوال لا تؤثر فی النقل و الانتقال فلم یحصل هنا عقد لفظی یقع التفاهم به لكن هذا الوجه لا یجری فی جمیع ما ذكروه من أمثلة الكنایة. ثم إنه ربما یدعی أن العقود المؤثرة فی النقل و الانتقال أسباب شرعیة توقیفیة كما حكی عن الإیضاح من أن كل عقد لازم وضع الشارع له صیغة مخصوصة بالاستقراء فلا بد من الاقتصار علی المتیقن و هو كلام لا محصل له عند من لاحظ فتاوی العلماء فضلا عن الروایات المتكثرة الآتی بعضها. و أما ما ذكره الفخر قدس سره فلعل المراد فیه من الخصوصیة المأخوذة فی الصیغة شرعا هی اشتمالها علی العنوان المعبر به عن تلك المعاملة فی كلام الشارع فإذا كانت العلاقة الحادثة بین الرجل و المرأة معبرا عنها فی كلام الشارع بالنكاح أو الزوجیة أو المتعة فلا بد من اشتمال عقدها علی هذه العناوین

المكاسب، ج ۲، ص ۹۵

فلا یجوز بلفظ الهبة أو البیع أو الإجارة أو نحو ذلك و هكذا الكلام فی العقود المنشئة للمقاصد الأخر كالبیع و الإجارة و نحوهما. فخصوصیة اللفظ من حیث اعتبار اشتمالها علی هذه العناوین الدائرة فی لسان الشارع أو ما یرادفها لغة أو عرفا لأنها بهذه العناوین موارد للأحكام الشرعیة التی لا تحصی. فعلی هذا فالضابط وجوب إیقاع العقد بإنشاء العناوین الدائرة فی لسان الشارع إذ لو وقع بإنشاء غیرها فإن كان لا مع قصد تلك العناوین كما لو لم تقصد المرأة إلا هبة نفسها أو إجارة نفسها مدة الاستمتاع لم تترتب علیه الآثار المحمولة فی الشریعة علی الزوجیة الدائمة أو المنقطعة و إن كان بقصد هذه العناوین دخل فی الكنایة التی عرفت أن تجویزها رجوع إلی عدم اعتبار إفادة المقاصد بالأقوال. فما ذكره الفخر رحمه الله مؤید لما ذكرناه و استفدناه من كلام والده قدس سره و إلیه یشیر أیضا ما عن جامع المقاصد من أن العقود متلقاة من الشارع فلا ینعقد عقد بلفظ آخر لیس من جنسه. و ما عن المسالك من أنه یجب الاقتصار فی العقود اللازمة علی الألفاظ المنقولة شرعا المعهودة لغة و مراده بالمنقولة شرعا هی المأثورة فی كلام الشارع. و عن كنز العرفان فی باب النكاح أنه حكم شرعی حادث فلا بد له من دلیل یدل علی حصوله و هو العقد اللفظی المتلقی من النص ثم ذكر لإیجاب النكاح ألفاظا ثلاثة و عللها بورودها فی القرآن. و لا یخفی أن تعلیله هذا كالصریح فیما ذكرناه من تفسیر توقیفیة العقود و أنها متلقاة من الشارع و وجوب الاقتصار علی المتیقن و من هذا الضابط تقدر علی تمیز الصریح المنقول شرعا المعهود لغة من الألفاظ المتقدمة فی أبواب العقود المذكورة من غیره و أن الإجارة بلفظ العاریة غیر جائزة و بلفظ بیع المنفعة أو السكنی مثلا لا یبعد جوازه و هكذا. إذا عرفت هذا فلنذكر ألفاظ الإیجاب و القبول

[الإشارة إلی بعض ألفاظ عقد البیع

منها لفظ بعت فی الإیجاب

و لا خلاف فیه فتوی و نصا و هو و إن کان من الأضداد بالنسبة إلی البیع و الشراء لکن کثرة استعماله فی البیع وصلت إلی حد تغنیه عن القرینة.

و منها لفظ شریت

[فلا إشکال فی وقوع البیع به لوضعه له کما یظهر من المحکی عن بعض أهل اللغة بل قیل لم یستعمل فی القرآن الکریم إلا فی البیع. و عن القاموس شراه یشریه ملکه بالبیع و باعه کاشتراه فهما ضدان و عنه أیضا کل من ترک شیئا و تمسک بغیره فقد اشتراه و ربما یستشکل فیه بقلة استعماله عرفا فی البیع و کونه محتاجا إلی القرینة المعینة و عدم نقل الإیجاب به فی الأخبار و کلام القدماء و لا یخلو عن وجه

و منها لفظ ملکت بالتشدید

و الأکثر علی وقوع البیع به بل ظاهر نکت الإرشاد الاتفاق علیه حیث قال إنه لا یقع البیع بغیر اللفظ المتفق علیه کبعت و ملکت و یدل علیه ما سبق فی تعریف البیع من أن التملیک بالعوض المنحل إلی مبادلة العین بالمال هو المرادف للبیع عرفا و لغة کما صرح به فخر الدین حیث قال إن معنی بعت فی لغة العرب ملکت غیری. و ما قیل من أن التملیک یستعمل فی الهبة بحیث لا یتبادر منه عند الإطلاق غیرها فیه أن الهبة إنما یفهم من تجرید اللفظ عن العوض لا من مادة التملیک فهی مشترکة معنی بین ما یتضمن المقابلة و بین المجرد عنها فإن اتصل بالکلام ذکر العوض أفاد المجموع المرکب بمقتضی الوضع الترکیبی البیع و إن تجرد عن ذکر العوض اقتضی تجرید الملکیة المجانیة. و قد عرفت سابقا أن تعریف البیع بذلک تعریف بمفهومه الحقیقی فلو أراد منه الهبة المعوضة أو قصد المصالحة بنیت صحة العقد علی صحة عقد بلفظ غیره مع النیة. و یشهد لما ذکرنا قول فخر الدین فی شرح الإرشاد إن معنی بعت فی لغة العرب ملکت غیری و أما الإیجاب باشتریت ففی مفتاح الکرامة أنه قد یقال بصحته کما هو الموجود فی بعض نسخ التذکرة و المنقول عنها فی نسختین من تعلیق الإرشاد. أقول و قد یستظهر ذلک من عبارة کل من عطف علی بعت و ملکت شبههما أو ما یقوم مقامهما إذ إرادة خصوص لفظ شریت من هذا بعید جدا و حمله علی إرادة ما یقوم مقامهما فی اللغات الأخر للعاجز عن العربیة أبعد فیتعین إرادة ما یراد فهما لغة أو عرفا فیشمل شریت و اشتریت لکن الإشکال المتقدم فی شریت أولی بالجریان هنا لأن شریت استعمل فی القرآن الکریم فی البیع بل لم یستعمل فیه إلا فیه بخلاف اشتریت. و دفع الإشکال فی تعیین المراد منه بقرینة تقدیمه الدال علی کونه إیجابا إما بناء علی لزوم تقدیم الإیجاب علی القبول و إما لغلبة ذلک غیر صحیح لأن الاعتماد علی القرینة غیر اللفظیة فی تعیین المراد من ألفاظ العقود قد عرفت ما فیه إلا أن یدعی أن ما ذکر سابقا من اعتبار الصراحة مختص بصراحة اللفظ من حیث دلالته علی خصوص العقد و تمیزه عما عداه من العقود. و أما تمیز إیجاب عقد معین عن قبوله الراجع إلی تمییز البائع عن المشتری فلا یعتبر فیه الصراحة بل یکفی استفادة المراد و لو بقرینة المقام أو غلبته أو نحوهما و فیه إشکال. و أما القبول فلا ینبغی الإشکال فی وقوعه بلفظ قبلت و رضیت و اشتریت و ابتعت و تملکت و ملکت مخففا. و أما بعت فلم ینقل إلا من الجامع مع أن المحکی عن جماعة من أهل اللغة اشتراکه بین البیع و الشراء و لعل الإشکال فیه کإشکال اشتریت فی الإیجاب. و اعلم أن المحکی عن نهایة الأحکام و المسالک أن الأصل فی القبول قبلت و غیره بدل لأن القبول علی الحقیقة مما لا یمکن به الابتداء و الابتداء بنحو

اشتریت و ابتعت ممکن و سیأتی توضیح ذلک فی اشتراط تقدیم الإیجاب. ثم إن فی انعقاد القبول بلفظ الإمضاء و الإجازة و الإنفاذ و شبهها وجهین.

فرع لو أوقعا العقد بالألفاظ المشترکة بین الإیجاب و القبول

ثم اختلفا فی تعیین الموجب و القابل إما بناء علی جواز تقدیم القبول و إما من جهة اختلافهما فی المتقدم فلا یبعد الحکم بالتحالف ثم عدم ترتب الآثار المختصة بکل من البیع و الاشتراء علی واحد منهما.

مسألة المحکی عن جماعة منهم السید عمید الدین و الفاضل المقداد و المحقق و الشهید الثانیان اعتبار العربیة

فی العقد للتأسی کما فی جامع المقاصد لأن عدم صحته بالعربی غیر الماضی یستلزم عدم صحته بغیر العربی بطریق أولی و فی الوجهین ما لا یخفی و أضعف منهما منع صدق العقد علی غیر العربی مع التمکن من العربی فالأقوی صحته بغیر العربی.
و هل یعتبر عدم اللحن من حیث المادة و الهیئة بناء علی اشتراط العربی الأقوی ذلک بناء علی أن دلیل اعتبار العربیة هو لزوم الاقتصار علی المتیقن من أسباب
المکاسب، ج۲، ص ۹۶
النقل و کذا اللحن فی الأعراب. و حکی عن فخر الدین الفرق بین ما لو قال بعتک بفتح الباء و بین ما لو قال جوزتک بدل زوجتک فصحح الأول دون الثانی إلا مع العجز عن التعلم و التوکیل و لعله معنی صحیح فی الأول إلا البیع بخلاف التجویز فإن له معنی آخر فاستعماله فی التزویج غیر جائز و منه یظهر أن اللغات المحرفة لا بأس بها إذا لم یتغیر بها المعنی. ثم هل المعتبر عربیة جمیع أجزاء الإیجاب و القبول کالثمن و المثمن أم تکفی عربیة الصیغة الدالة علی إنشاء الإیجاب و القبول حتی لو قال بعتک أین کتاب را به ده درهم کفی و الأقوی هو الأول لأن غیر العربی کالمعدوم فکأنه لم یذکر فی الکلام. نعم لو لم یعتبر ذکر متعلقات الإیجاب کما لا یجب فی القبول و اکتفی بانفهامها و لو من غیر اللفظ صح الوجه الثانی لکن الشهید رحمه الله فی غایة المراد فی مسألة تقدیم القبول نص علی وجوب ذکر العوضین فی الإیجاب. ثم إنه هل یعتبر کون المتکلم عالما تفصیلا بمعنی اللفظ بأن یکون فارقا بین معنی بعت و أبیع و أنا بائع أو یکفی مجرد علمه بأن هذا اللفظ یستعمل فی لغة العرب لإنشاء البیع الظاهر هو الأول لأن عربیة الکلام لیست باقتضاء نفس الکلام بل بقصد المتکلم منه المعنی الذی وضع له عند العرب فلا یقال إنه تکلم و أدی المطلب علی طبق لسان العرب إذا میز بین معنی بعت و أبیع و أوجدت البیع و غیرها بل علی هذا لا یکفی معرفة أن بعت مرادف لقوله فروختم حتی یعرف أن المیم فی الفارسی عوض عن تاء المتکلم فیمیز بین بعتک و بعت بالضم و بعت بفتح التاء فلا ینبغی ترک الاحتیاط و إن کان فی تعینه نظر و لذا نص بعض علی عدمه

مسألة المشهور کما عن غیر واحد اشتراط الماضویة

بل فی التذکرة الإجماع علی عدم وقوعه بلفظ أبیعک أو اشتر منی و لعله لصراحته فی الإنشاء إذ المستقبل أشبه بالوعد و الأمر استدعاء لا إیجاب مع أن قصد الإنشاء بالمستقبل خلاف المتعارف. و عن القاضی فی الکامل و المهذب عدم اعتبارها و لعله لإطلاق البیع و التجارة و عموم العقود و ما دل فی بیع الآبق و اللبن فی الضرع من الإیجاب بلفظ المضارع و فحوی ما دل علیه فی النکاح و لا یخلو هذا من قوة لو فرض صراحة المضارع فی الإنشاء علی وجه لا یحتاج إلی قرینة المقام فتأمل.

مسألة الأشهر کما قیل لزوم تقدیم الإیجاب علی القبول

و به صرح فی الخلاف و الوسیلة و السرائر و التذکرة کما عن الإیضاح و جامع المقاصد و لعله الأصل بعد حمل آیة وجوب الوفاء علی العقود المتعارفة کإطلاق البیع و التجارة فی الکتاب و السنة. و زاد بعضهم أن القبول فرع الإیجاب فلا یتقدم علیه و أنه تابع له فلا یصح تقدمه علیه. و حکی عن غایة المراد عن الخلاف الإجماع علیه و لیس فی الخلاف فی هذه المسألة إلا ـ أن البیع مع تقدیم الإیجاب متفق علیه فیؤخذ به فراجع خلافا للشیخ فی المبسوط فی باب النکاح و إن وافق الخلاف فی البیع إلا أنه عدل عنه فی باب النکاح بل ظاهر کلامه عدم الخلاف فی صحته بین الإمامیة حیث إنه بعد ما ذکر أن تقدیم القبول بلفظ الأمر فی النکاح بأن یقول الرجل زوجنی فلانة جائز بلا خلاف قال أما البیع فإنه إذا قال بعینها فقال بعتکها صح عندنا و عند قوم من المخالفین و قال قوم منهم لا ـ یصح حتی یسبق الإیجاب انتهی. و کیف کان فنسبة القول الأول إلی المبسوط مستندة إلی کلامه فی باب البیع و أما فی باب النکاح فکلامه صریح فی جواز التقدیم کالمحقق رحمه الله فی الشرائع و العلامة فی التحریر و الشهیدین فی بعض کتبهما و جماعة ممن تأخر عنهما للعمومات السلیمة عما یصلح لتخصیصها و فحوی جوازه فی النکاح الثابت بالأخبار مثل: خبر أبان بن تغلب الوارد فی کیفیة الصیغة المشتمل علی صحة تقدیم القبول بقوله للمرأة أتزوجک متعة علی کتاب الله و سنة رسول الله ص إلی أن قال فإذا قالت نعم فهی امرأتک و أنت أولی الناس بها. و روایة سهل الساعدی المشهورة فی کتب الفریقین کما قیل المشتملة علی تقدیم القبول من الزوج بلفظ زوجنیها. و التحقیق أن القبول إما أن یکون بلفظ قبلت و رضیت و إما أن یکون بطریق الأمر و الاستیجاب نحو بعنی فیقول المخاطب بعتک و إما أن یکون بلفظ اشتریت و ملکت مخففا و ابتعت فإن کان بلفظ قبلت فالظاهر عدم جواز تقدیمه وفاقا لما عرفت فی صدر المسألة بل المحکی عن المیسیة و المسالک و مجمع الفائدة أنه لا خلاف فی عدم جواز تقدیم لفظ قبلت و هو المحکی عن نهایة الأحکام و کشف اللثام فی باب النکاح و قد اعترف به غیر واحد من متأخری المتأخرین أیضا بل المحکی هناک عن ظاهر التذکرة الإجماع علیه. و یدل علیه مضافا إلی ما ذکر و إلی کونه خلاف المتعارف من العقد أن القبول الذی هو أحد رکنی عقد المعاوضة فرع الإیجاب فلا یعقل تقدمه علیه و لیس المراد من هذا القبول الذی هو رکن للعقد مجرد الرضا بالإیجاب سواء تحقق قبل ذلک أم لا حیث إن الرضا لشیء لا یستلزم فی تحققه فی الماضی فقد یرضی الإنسان بالأمر المستقبل بل المراد منه الرضا بالإیجاب علی وجه یتضمن إنشاء نقل ماله فی الحال إلی الموجب علی وجه العوضیة لأن المشتری ناقل کالبائع و هذا لا یتحقق إلا مع تأخر الرضا عن الإیجاب إذ مع تقدمه لا یتحقق النقل فی الحال فإن من رضی بمعاوضة ینشأها الموجب فی المستقبل لم ینقل فی الحال ماله إلی الموجب بخلاف من رضی بالمعاوضة التی أنشأها الموجب سابقا فإنه یرفع بهذا الرضا یده من ماله و ینقله إلی غیره علی وجه العوضیة. و من هنا یتضح فساد ما حکی عن بعض المحققین فی رد الدلیل المذکور و هو کون القبول فرع الإیجاب و تابعا له و هو أن تبعیة القبول للإیجاب لیس تبعیة اللفظ للفظ و لا القصد للقصد حتی یمتنع تقدیمه و إنما هو علی سبیل الفرض و التنزیل بأن یجعل القابل نفسه متناولا ـ لما یلقی إلیه من الموجب و الموجب مناولا ـ کما یقول السائل فی مقام الإنشاء أنا راض بما تعطینی و قابل لما تمنحنی فهو متناول قدم إنشاءه أو أخر فعلی هذا یصح تقدیم القبول و لو بلفظ قبلت و رضیت إن لم یقم إجماع علی خلافه انتهی. و وجه الفساد ما عرفت سابقا من أن الرضا بما یصدر من الموجب فی المستقبل من نقل ماله بإزاء مال صاحبه لیس فیه إنشاء نقل من القابل فی الحال بل هو رضا منه بالانتقال فی الاستقبال و لیس المراد أن أصل الرضا بشیء تابع لتحققه فی الخارج أو لأصل الرضا به حتی یحتاج إلی توضیحه بما ذکره من المثال بل المراد الرضا الذی یعد قبولا و رکنا فی العقد. و مما ذکرنا

المکاسب، ج۲، ص ۹۷

یظهر الوجه فی المنع عن تقدم القبول بلفظ الأمر کما لو قال یعنی هذا بدرهم فقال بعتک لأن غایة الأمر دلالة طلب المعاوضة علی الرضا بها لکن لم یتحقق بمجرد الرضا بالمعاوضة المستقلة نقل فی الحال للدرهم إلی البائع کما لا یخفی. و أما ما یظهر من المبسوط من الاتفاق هنا علی الصحة به فموهون بما ستعرف من مصیر الأکثر علی خلافه و أما فحوی جوازه فی النکاح ففیها بعد الإغماض عن حکم الأصل بناء علی منع دلالة روایة سهل – علی کون لفظ الأمر هو القبول لاحتمال تحقق القبول بعد إیجاب النبی ص و یؤیده أنه

لولاه يلزم الفصل الطويل بين الإيجاب و القبول منع الفحوى و قصور دلالة رواية أبان من حيث اشتمالها على كفاية قول المرأة نعم في الإيجاب ثم اعلم أن في صحة تقديم القبول بلفظ الأمر اختلافا كثيرا بين كلمات الأصحاب فقال في المبسوط إن قال بعنيها بألف فقال بعتك صح و الأقوى عندى أنه لا يصح حتى يقول المشترى بعد ذلك اشتريت و اختار ذلك في الخلاف و صرح به في الغنية فقال و اعتبرنا حصول الإيجاب من البائع و القبول من المشترى حذرا عن القول بانعقاده بالاستدعاء من المشترى و هو أن يقول بعنيه بألف فيقول بعتك فإنه لا ينعقد حتى يقول المشترى بعد ذلك اشتريت أو قبلت و صرح به أيضا في السرائر و الوسيلة. و عن جامع المقاصد أن ظاهرهم أن هذا الحكم اتفاقي و حكى الإجماع عن ظاهر الغنية أيضا أو صريحها. و عن المسالك المشهور بل قيل إن هذا الحكم ظاهر كل من اشتراط الإيجاب و القبول و مع ذلك كله فقد صرح الشيخ في المبسوط في باب النكاح بجواز التقديم بلفظ الأمر بالبيع و نسبته إلينا مشعر بقرينة السياق إلى عدم الخلاف فيه بيننا فقال إذا تعاقدا فإن تقدم الإيجاب على القبول فقال زوجتك فقال قبلت التزويج صح و كذا إذا تقدم الإيجاب على القبول في البيع صح بلا خلاف و إما أن تأخر الإيجاب و سبق القبول فإن كان في النكاح فقال الزوج زوجنيها فقال زوجتكها صح و إن لم يعد الزوج القبول بلا خلاف لخبر الساعدى: قال الرجل زوجنيها يا رسول الله فقال زوجتكها بما معك من القرآن فقدم القبول و تأخر الإيجاب و إن كان هذا في البيع فقال بعنيها فقال بعتكها صح عندنا و عند قوم من المخالفين و قال قوم منهم لا يصح حتى يسبق الإيجاب انتهى. و حكى جواز التقديم بهذا اللفظ عن القاضي في الكامل بل يمكن نسبة هذا الحكم إلى كل من جوز تقديم القبول على الإيجاب بقول مطلق و تمسك له في النكاح برواية سهل الساعدى المعبر فيها عن القبول بطلب التزويج إلا أن المحقق مع تصريحه في البيع بعدم كفاية الاستيجاب و الإيجاب صرح بجواز تقديم القبول على الإيجاب. و ذكر العلامة قدس سره الاستيجاب و الإيجاب و جعله خارجا عن قيد اعتبار الإيجاب و القبول كالمعاطاة و جزم بعدم كفايته مع أنه تردد في اعتبار تقديم القبول و كيف كان فقد عرفت أن الأقوى المنع في البيع لما عرفت بل لو قلنا بكفاية التقديم بلفظ قبلت يمكن المنع هنا بناء على اعتبار الماضوية فيما دل على القبول ثم إن هذا كله بناء على المذهب المشهور بين الأصحاب من عدم كفاية مطلق اللفظ في اللزوم و عدم القول بكفاية مطلق الصيغة في الملك. و أما على ما قويناه سابقا في مسألة المعاطاة من أن البيع العرفى موجب للملك و أن الأصل في الملك اللزوم فاللازم الحكم باللزوم في كل مورد لم يقم إجماع على عدم اللزوم و هو ما إذا خلت المعاملة عن الإنشاء باللفظ رأسا أو كان اللفظ المنشأ به المعاملة مما قام الإجماع على عدم إفادتها اللزوم و أما في غير ذلك فالأصل اللزوم. و قد عرفت أن القبول على وجه طلب البيع قد صرح في المبسوط بصحته بل يظهر منه عدم الخلاف فيه بيننا و حكى في الكامل أيضا فتأمل و إن كان التقديم بلفظ اشتريت أو ابتعت أو تملكت أو ملكت هذا بكذا فالأقوى جوازه لأنه إنشاء ملكيته للمبيع بإزاء ماله عوضا ففي الحقيقة إنشاء المعاوضة كالبائع إلا أن البائع ينشئ ملكية ماله لصاحبه بإزاء مال صاحبه و المشترى ينشئ ملكية مال صاحبه لنفسه بإزاء ماله ففي الحقيقة كل منهما يخرج ماله إلى صاحبه و يدخل مال صاحبه في ملكه إلا أن الإدخال في الإيجاب مفهوم من ذكر العوض و في القبول مفهوم من نفس الفعل و الإخراج بالعكس و حينئذ فليس في حقيقة الاشتراء من حيث هو معنى القبول لكنه لما كان الغالب وقوعه

عقيب الإيجاب و إنشاء انتقال مال البائع إلى نفسه إذا وقع عقيب نقله إليه يوجب تحقق المطاوعة و مفهوم القبول أطلق عليه القبول و هذا المعنى مفقود في الإيجاب المتأخر- لأن المشترى إنما ينقل ماله إلى البائع بالالتزام الحاصل من جعل ماله عوضا و البائع إنما ينشئ انتقال الثمن إليه كذلك لا بمدلول الصيغة. و قد صرح في النهاية و المسالك على ما حكى بأن اشتريت ليس قبولا حقيقة و إنما هو بدل و أن الأصل في القبول قبلت لأن القبول في الحقيقة ما لا يمكن الابتداء به و لفظ اشتريت يجوز الابتداء به و مرادهما أنه بنفسه لا- يكون قبولا- فلا ينافي ما ذكرنا من تحقق مفهوم القبول فيه إذا وقع عقيب تمليك البائع كما أن رضيت بالبيع ليس فيه إنشاء لنقل ماله إلى البائع إلا إذا وقع متأخرا و لذا منعنا عن تقديمه فكل من رضيت و اشتريت بالنسبة إلى إفادة نقل المال و مطاوعة البيع عند التقدم و التأخر متعاكسان. فإن قلت إن الإجماع على اعتبار القبول في العقد يوجب تأخير قوله اشتريت حتى يقع قبولا لأن إنشاء

مالكيته لمال الغير إذا وقع عقيب تمليك الغير له يتحقق فيه معنى الانتقال و قبول الأثر فيكون اشتريت متأخرا التزاما بالأثر عقيب إنشاء التأثير من البائع بخلاف ما لو تقدم فإن مجرد إنشاء المالكية لمال لا يوجب تحقق مفهوم القبول كما لو نوى تملك المباحات أو اللقطة فإنه لا-قبول فيه رأسا. قلت المسلم من الاجتماع هو اعتبار القبول من المشترى بالمعنى الشامل للرضا بالإيجاب و أما وجوب تحقق مفهوم القبول المتضمن للمطاوعة و قبول الأثر فلا- فقد تبين من جميع ذلك أن إنشاء القبول لا بد أن يكون جامعا لتضمن إنشاء النقل و للرضا بإنشاء البائع تقدم أو تأخر و لا يعتبر إنشاء انفعال نقل البائع. فقد تحصل مما ذكرناه صحة تقديم القبول إذا كان بلفظ اشتريت وفاقا لمن عرفت بل هو ظاهر إطلاق

المكاسب، ج۲، ص ۹۸

الشيخ في الخلاف حيث إنه لم يتعرض إلا للمنع عن الانعقاد بالاستيجاب و الإيجاب و قد عرفت عدم الملازمة بين المنع عنه و المنع عن تقديم مثل اشتريت و كذا السيد فى الغنية حيث أطلق اعتبار الإيجاب و القبول و احترز بذلك عن انعقاده بالمعاطاة و بالاستيجاب و الإيجاب و كذا ظاهر إطلاق الحلبي في الكافي حيث لم يذكر تقديم الإيجاب من شروط الانعقاد. و الحاصل أن المصرح بذلك فيما وجدت من القدماء الحلي و ابن حمزة فمن التعجب بعد ذلك حكاية الإجماع عن الخلاف على تقديم الإيجاب مع أنه لم يزد على الاستدلال بعدم كفاية الاستيجاب و الإيجاب بأن ما عداه مجمع على صحته و ليس على صحته دليل و لعمرى أن مثل هذا مما يوهن الاعتماد على الإجماع المنقول و قد نبهنا على أمثال ذلك في مواردها نعم يشكل الأمر بأن المعهود المتعارف من الصيغة تقديم الإيجاب و لا فرق بين المتعارف هنا و بينه في المسألة الآتية و هو الوصل بين الإيجاب و القبول فالحكم لا يخلو عن شوب الإشكال. ثم إن ما ذكرنا جار في كل قبول يؤدى بإنشاء مستقل كالإجارة التي يؤدى قبولها بلفظ تملكت منك منفعة كذا أو ملكت و النكاح الذى يؤدى قبولها بلفظ نكحت و تزوجت و أما بالإنشاء في قبوله إلا قبلت أو ما يتضمنه كارتهنت فقد يقال بجواز تقديم القبول فيه إذ لا التزام في قبوله لشيء كما كان في قبول البيع التزام بنقل ماله إلى البائع بل لا ينشئ به معنى غير الرضا بفعل الموجب و قد تقدم أن الرضا يجوز تعلقه بأمر مترقب كما يجوز تعلقه بأمر محقق فيجوز أن يقول رضيت برهنك هذا عندى فيقول رهنت. و التحقيق عدم الجواز لأن اعتبار القبول فيه من جهة تحقق عنوان المرتهن و لا يخفى أنه لا يصدق الارتهان على قبول الشخص إلا بعد تحقق الرهن لأن الإيجاب إنشاء للفعل و القبول إنشاء للانفعال و كذا القول في الهبة و القرض فإنه لا يحصل من إنشاء القول فيهما التزام بشيء- و إنما يحصل به الرضا بفعل الموجب و نحوهما قبول المصالحة المتضمنة للإسقاط أو التمليك بغير عوض. و أما المصالحة المشتملة على المعاوضة فلما كان ابتداء الالتزام بها جائزا من الطرفين و كانت نسبتها إليهما على وجه سواء و ليس الالتزام الحاصل من أحدهما أمرا مغايرا للالتزام الحاصل من الآخر كان البادى منهما موجبا لصدق الموجب عليه لغة و عرفا. ثم لما انعقد الإجماع على توقف العقد على القبول لزم أن يكون الالتزام الحاصل من الآخر بلفظ القبول إذ لو قال أيضا صالحتك كان إيجابا آخر- فيلزم تركيب العقد من إيجابين و تحقق من جميع ذلك أن تقديم القبول في الصلح أيضا غير جائز إذ لا قبول فيه بغير لفظ قبلت و رضيت. و قد عرفت أن قبلت و رضيت مع التقديم لا يدل على إنشاء لنقل العوض في الحال.

فتلخص مما ذكرنا أن القبول في العقود على أقسام لأنه إما أن يكون التزاما بشيء من القابل كنقل مال عنه أو زوجية و إما أن لا يكون فيه سوى الرضا بالإيجاب. و الأول على قسمين لأن الالتزام الحاصل من القابل إما أن يكون نظير الالتزام الحاصل من الموجب كالمصالحة أو متغايرا كالاشتراء. و الثاني أيضا على قسمين لأنه إما أن يعتبر فيه عنوان المطاوعة كالارتهان و الاتهاب و الاقتراض و إما أن لا يثبت فيه اعتبار أزيد من الرضا بالإيجاب كالوكالة و العارية و شبههما فتقديم القبول على الإيجاب لا يكون إلا في القسم الثاني من كل من القسمين. ثم إن مغايرة الالتزام في قبول البيع لالتزام إيجابه اعتبار عرفي فكل من التزم بنقل ماله على وجه العوضية لمال آخر يسمى مشتريا و كل من نقل ماله على أن يكون عوضه مالا من آخر يسمى بائعا. و بعبارة أخرى كل من ملك ماله غيره بعوض فهو البائع و كل من ملك مال غيره بعوض ماله فهو المشترى و إلا فكل منهما في الحقيقة يملك ماله غيره بإزاء مال غيره و

یملک مال غیره بإزاء ماله.

و من جملة شروط العقد الموالاة بین إیجابه و قبوله

ذکره الشیخ فی المبسوط فی باب الخلع ثم العلامة و الشهیدان و المحقق الثانی و الشیخ المقداد. قال الشهید فی قواعده الموالاة معتبرة فی العقد و نحوه و هی مأخوذة من اعتبار الاتصال بین المستثنی و المستثنی منه. و قال بعض العامة لا یضر قول الزوج بعد الإیجاب الحمد لله و الصلاة علی رسول الله قبلت نکاحها و منه الفوریة فی استتابة المرتد فیعتبر فی الحال و قیل إلی ثلاثة أیام و منه السکوت فی أثناء الأذان فإن کان کثیرا أبطله و منه السکوت الطویل فی أثناء القراءة أو قراءة غیرها و کذا التشهد و منه تحریم المأمومین فی الجمعة قبل الرکوع فإن تعمدوا أو نسوا حتی رکع فلا جمعة و اعتبر بعض العامة تحریمهم معه قبل الفاتحة و منه الموالاة فی التعریف بحیث لا ینسی أنه تکرار و الموالاة فی سنة التعریف فلو رجع فی أثناء المدة استؤنفت لیتوالی انتهی. أقول حاصله أن الأمر المتدرج شیئا فشیئا إذا کان له صورة اتصالیة فی العرف فلا بد فی ترتب الحکم المعلق علیه فی الشرع من اعتبار صورته الاتصالیة فالعقد المرکب من الإیجاب و القبول القائم بنفس المتعاقدین بمنزلة کلام واحد مرتبط بعضه ببعض فیقدح تخلل الفصل المخل بهیئته الاتصالیة و لذا لا یصدق المعاقدة إذا کان الفصل مفرطا فی الطول کسنة أو أزید و انضباط ذلک إنما یکون بالعرف فهو فی کل أمر بحسبه فیجوز الفصل بین کل من الإیجاب و القبول بما لا یجوز بین کلمات کل واحد منهما و یجوز بین الکلمات الفصل بما لا یجوز بین الحروف کما فی الأذان و القراءة. و ما ذکره حسن لو کان حکم الملک و اللزوم فی المعاملة منوطا بصدق العقد عرفا کما هو مقتضی التمسک بآیة الوفاء بالعقود و بإطلاق کلمات الأصحاب فی اعتبار العقد فی اللزوم بل الملک أما لو کان منوطا بصدق البیع أو التجارة عن تراض فلا یضره عدم صدق العقد و أما جعل المأخذ فی ذلک اعتبار الاتصال بین الاستثناء و المستثنی منه فلأنه منشأ الانتقال إلی هذه القاعدة فإن أکثر الکلیات إنما یلتفت إلیها من التأمل فی مورد خاص. و قد صرح فی القواعد مکررا بکون الأصل فی هذه القاعدة کذا و یحتمل بعیدا أن یکون الوجه فیه أن الاستثناء أشد ربطا بالمستثنی منه من سائر اللواحق لخروج المستثنی منه معه عن

المکاسب، ج۲، ص ۹۹

حد الکذب إلی الصدق فصدقه یتوقف علیه فلذا کان طول الفصل هناک أقبح فصار أصلا فی اعتبار الموالاة بین أجزاء الکلام ثم تعدی منه إلی سائر الأمور المرتبطة بالکلام لفظا أو معنی أو من حیث صدق عنوان خاص علیه لکونه عقدا أو قراءة أو أذانا و نحو ذلک ثم فی تطبیق بعضها علی ما ذکره خفاء کمسألة توبة المرتد فإن غایة ما یمکن أن یقال فی توجیهها إن المطلوب فی الإسلام الاستمرار فإذا انقطع فلا بد من إعادته فی أقرب الأوقات. و أما مسألة الجمعة فلأن هیئة الاجتماع فی جمیع أحوال الصلاة من القیام و الرکوع و السجود مطلوبة فیقدح الإخلال بها و للتأمل فی هذه الفروع و فی صحة تفریعها علی الأصل المذکور مجال ثم إن المعیار فی الموالاة موکول إلی العرف کما فی الصلاة و القراءة و الأذان و نحوها و یظهر من روایة سهل الساعدی المتقدمة فی مسألة تقدیم القبول جواز الفصل بین الإیجاب و القبول بکلام طویل أجنبی بناء علی ما فهمه الجماعة من أن القبول فیها قول ذلک الصحابی زوجنیها و الإیجاب قوله ص بعد فصل طویل زوجتکها بما معک من القرآن و لعل هذا موهن آخر للروایة فافهم.

و من جملة الشرائط التی ذکرها جماعة التنجیز فی العقد

بأن لا یکون معلقا علی شیء بأداة الشرط بأن یقصد المتعاقدان انعقاد المعاملة فی صورة وجود ذلک الشیء لا فی غیرها و ممن صرح بذلک الشیخ و الحلی و العلامة و جمیع من تأخر عنه کالشهیدین و المحقق الثانی و غیرهم قدس الله أرواحهم. و عن فخر الدین فی شرح الإرشاد فی باب الوکالة أن تعلیق الوکالة علی الشرط لا یصح عند الإمامیة و کذا غیره من العقود لازمة کانت أو جائزة. و عن

تمهيد القواعد دعوى الإجماع عليه و ظاهر المسالك فی مسألة اشتراط التنجيز فی الوقف الاتفاق عليه و الظاهر عدم الخلاف فيه كما اعترف به غير واحد و إن لم يتعرض الأكثر فی هذا المقام و يدل عليه فحوى فتاويهم و معاقد الإجماعات فی اشتراط التنجيز فی الوكالة مع كونه من العقود الجائزة التی يكفی فيها كل ما دل علی الإذن حتی أن العلامة ادعی الإجماع علی ما حكی عنه علی عدم صحة أن يقول الموكل أنت وكيلی فی يوم الجمعة أن تبيع عبدی و علی صحة قوله أنت وكيلی و لا تبع عبدی إلا فی يوم الجمعة مع كون المقصود واحدا و فرق بينهما جماعة بعد الاعتراف بأن هذا فی معنی التعليق بأن العقود لما كانت متلقاة من الشارع أنيطت بهذه الضوابط و بطلت فيما خرج عنها و إن أفادت فائدتها فإذا كان الأمر كذلك عندهم فی الوكالة فكيف الحال فی البيع و بالجملة فلا شبهه فی اتفاقهم علی الحكم. و أما الكلام فی وجه الاشتراط فالذی صرح به العلامة فی التذكرة أنه مناف للجزم حال الإنشاء بل جعل الشرط هو الجزم ثم فرع عليه عدم جواز التعليق. قال الخامس من الشروط الجزم فلو علق العقد علی شرط لم يصح و إن كان الشرط المشية- للجهل بثبوتها حال العقد و بقائها مدته- و هو أحد قولی الشافعی و أظهرهما عندهم الصحة لأن هذه صفة يقتضيها إطلاق العقد لأنه لو لم يشأ لم يشتر انتهی و تبعه علی ذلك الشهيد رحمه الله فی قواعده قال لأن الانتقال بحكم الرضا و لا رضا إلا مع الجزم و الجزم ينافی التعليق انتهی. و مقتضی ذلك أن المعتبر هو عدم التعليق علی أمر مجهول الحصول كما صرح به المحقق فی باب الطلاق. و ذكر المحقق و الشهيد الثانيان فی الجامع و المسالك فی مسألة إن كان لی فقد بعته أن التعليق إنما ينافی الإنشاء فی العقود و الإيقاعات حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول لكن الشهيد فی قواعده ذكر فی الكلام المتقدم أن الجزم ينافی التعليق لأنه بعرضة عدم الحصول و لو قدر العلم بحصوله كالتعليق علی الوصف كان الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه فاعتبر المعنی العام دون خصوصيات الأفراد ثم قال فإن قلت فعلی هذا يبطل قوله فی صورة إنكار التوكيل- إن كان لی فقد بعته منك بكذا قلت هذا تعليق علی واقع لا متوقع الحصول فهو علة للوقوع أو مصاحب له لا معلق عليه الوقوع و كذا نقول لو قال فی صورة إنكار وكالة التزويج و إنكار التزويج حيث تدعيه المرأة إن كانت زوجتی فهی طالق انتهی كلامه رحمه الله و علل العلامة فی القواعد صحة إن كان لی فقد بعته بأنه أمر واقع يعلمان وجوده فلا يضر جعله شرطا و كذا كل شرط علم وجوده فإنه لا يوجب شكا فی البيع و لا فی وقوعه انتهی. و تفصيل الكلام أن المعلق عليه- إما أن يكون معلوم التحقق و إما إما يكون محتمل التحقق و علی الوجهين فإما أن يكون تحققه المعلوم أو المحتمل فی الحال أو المستقبل و علی التقادير فإما أن يكون الشرط مما يكون مصححا للعقد ككون الشیء مما يصح تملكه شرعا أو مما يصح إخراجه عن الملك كغير أم الولد و غير الموقوف و نحوه و كون المشتری ممن يصح تملكه شرعا كأن لا يكون عبدا و ممن يجوز العقد معه بأن يكون بالغا و إما أن لا يكون كذلك. ثم التعليق إما مصرح به و إما لازم من الكلام كقوله ملكتك هذا بهذا يوم الجمعة و قوله فی القرض و الهبة خذ هذا بعوضه أو خذه بلا عوض يوم الجمعة فإن التمليك معلق علی تحقق الجمعة فی الحال أو فی الاستقبال و لهذا احتمل العلامة فی النهاية و ولده فی الإيضاح بطلان بيع الوارث لمال مورثه بظن موته معللا بأن العقد و إن كان منجزا فی الصورة إلا أنه معلق و التقدير إن مات مورثی فقد بعتك فما كان منها معلوم الحصول حين العقد فالظاهر أنه غير قادح وفاقا لمن عرفت كلامه كالمحقق و العلامة و الشهيدين و المحقق الثانی و الصيمری. و
حكی أيضا عن المبسوط و الإيضاح فی مسألة ما لو قال إن كان لی فقد بعته بل لم يوجد فی ذلك خلاف صريح و لذا ادعی فی الرياض فی باب الوقف عدم الخلاف فيه صريحا و ما كان منها معلوم الحصول فی المستقبل و هو المعبر عنه بالصفة فالظاهر أنه داخل فی معقد اتفاقهم علی عدم الجواز و إن كان تعليلهم للمنع باشتراط الجزم لا يجری فيه كما اعترف به الشهيد فيما تقدم عنه و نحوه الشهيد الثانی فيما حكی عنه بل يظهر من عبارة المبسوط فی باب الوقف كونه مما لا خلاف فيه بيننا بل بين العامة فإنه قال إذا قال الواقف إذا جاء رأس الشهر فقد وقفته لم يصح الوقف بلا خلاف لأنه مثل البيع و الهبة و عندنا مثل العتق أيضا انتهی فإن ذيله يدل علی أن مماثلة الوقف للبيع و الهبة غير

مختص بالإمامية. نعم مماثلته للعتق مختصة بهم و ما كان منها مشكوك الحصول و ليست صحة العقد معلقة عليه في الواقع كقدوم الحاج فهو المتيقن من معقد اتفاقهم و ما كانت صحة العقد معلقة عليه كالأمثلة المتقدمة فظاهر إطلاق كلامهم يشمله إلا أن الشيخ في المبسوط حكى في مسألة إن كان لي فقد بعته قولا من بعض الناس بالصحة و أن الشرط لا يضره مستدلا بأنه لم يشترط إلا ما يقتضيه إطلاق العقد لأنه إنما يصح البيع لهذه الجارية من الموكل إذا كان أذن له في الشراء فإذا اقتضاه الإطلاق لم يضر إظهاره و شرطه كما لو شرط في البيع تسليم الثمن أو تسليم المثمن أو ما أشبه ذلك انتهى و هذا الكلام و إن حكاه عن بعض الناس إلا أن الظاهر ارتضاؤه له و حاصله أنه كما لا يضر اشتراط بعض لوازم العقد المترتبة عليه كذلك لا يضر تعليق العقد بما هو معلق عليه في الواقع فتعليقه ببعض مقدماته كالالتزام ببعض غاياته فكما لا يضر الالتزام بما يقتضي العقد إلزامه كذلك التعليق بما كان الإطلاق معلقا عليه و مقيدا به. و هذا الوجه و إن لم ينهض لدفع محذور التعليق في إنشاء العقد لأن المعلق على ذلك الشرط في الواقع هو ترتب الأثر الشرعي على العقد دون إنشاء مدلول الكلام الذي هو وظيفة المتكلم فالمعلق في كلام المتكلم غير معلق في الواقع على شيء و المعلق على شيء ليس معلقا في كلام المتكلم على شيء بل و لا منجزا بل هو شيء خارج عن مدلول الكلام إلا أن ظهور ارتضاء الشيخ له كاف في عدم الظن بتحقق الإجماع عليه مع أن ظاهر هذا التوجيه لعدم قدح التعليق يدل على أن محل الكلام فيما لم يعلم وجود المعلق عليه و عدمه فلا وجه لتوهم اختصاصه بصورة العلم. و يؤيد ذلك أن الشهيد في قواعده جعل الأصح صحة تعليق البيع على ما هو شرط فيه كقول البائع بعتك إن قبلت و يظهر منه ذلك أيضا في أواخر القواعد. ثم إنك قد عرفت أن العمدة في المسألة هو الإجماع و ربما يتوهم أن الوجه في اعتبار التنجيز- هو عدم قابلية الإنشاء للتعليق و بطلانه واضح لأن المراد بالإنشاء إن كان هو مدلول الكلام فالتعليق غير متصور فيه إلا أن الكلام ليس فيه و إن كان الكلام في أنه- كما يصح إنشاء الملكية المتحققة على كل تقدير فهل يصح إنشاء الملكية المتحققة على تقدير دون آخر كقوله هذا لك إن جاء زيد غدا و خذ المال قرضا أو قراضا إذا أخذته من فلان و نحو ذلك فلا ريب في أنه أمر متصور واقع في العرف و الشرع كثيرا كما في الأوامر و المعاملات من العقود و الإيقاعات. و يتلو هذا الوجه في الضعف ما قيل من أن ظاهر ما دل على سببية العقد ترتب مسببه عليه حال وقوعه فتعليق أثره بشرط من المتعاقدين مخالف لذلك. و فيه بعد الغض عن عدم انحصار أدلة الصحة و اللزوم في مثل قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ- لأن دليل حلية البيع و تسلط الناس على أموالهم كاف في إثبات ذلك أن العقد سبب لوقوع مدلوله فيجب الوفاء به على طبق مدلوله فليس مفاد أَوْفُوا بِالْعُقُودِ إلا مفاد أوفوا بالعهد في أن العقد كالعهد إذا وقع على وجه التعليق فترقب تحقق المعلق عليه في تحقق المعلق لا يوجب عدم الوفاء بالعهد. و الحاصل أنه إن أريد بالمسبب مدلول العقد- فعدم تخلفه عن إنشاء العقد من البديهيات التي لا يعقل خلافها- و إن أريد به الأثر الشرعي و هو ثبوت الملكية فيمنع كون أثر مطلق البيع الملكية المنجزة بل هو مطلق الملك فإن كان البيع غير معلق كان أثره الشرعي الملك الغير المعلق و إن كان معلقا فأثره الملكية المعلقة مع أن تخلف الملك عن العقد كثير جدا مع أن ما ذكره لا- يجري في مثل قوله بعتك إن شئت أو إن قبلت فقال قبلت فإنه لا يلزم هنا تخلف أثر العقد عنه مع أن هذا لا يجري في الشرط المشكوك المتحقق في الحال فإن العقد حينئذ يكون مراعى لا- موقوفا مع أن ما ذكره لا يجري في غيره من العقود التي قد يتأخر مقتضاها عنها كما لا يخفى و ليس الكلام في خصوص البيع و ليس على هذا الشرط في كل عقد دليل على حدة. ثم الأضعف من الوجه المتقدم التمسك في ذلك بتوقيفية الأسباب الشرعية الموجبة لوجوب الاقتصار فيها على المتيقن و ليس إلا العقد العاري عن التعليق إذ فيه أن إطلاق الأدلة مثل حلية البيع و تسلط الناس على أموالهم و حل التجارة عن تراض و وجوب

الوفاء بالعقود و أدلة سائر العقود كافية في التوقف. و بالجملة فإثبات هذا الشرط في العقود مع عموم أدلتها و وقوع كثير منها في العرف على وجه التعليق بغير الإجماع محققا أو منقولا مشكل ثم إن القادح هو تعليق الإنشاء. و أما إذا أنشأ من غير تعليق صح العقد و إن كان المنشئ مترددا في ترتب الأثر عليه شرعا أو عرفا كمن ينشئ البيع و هو لا- يعلم أن المال له أو أن المبيع مما يتمول أو أن المشتري راض حين الإيجاب أم لا أو غير ذلك مما تتوقف صحة العقد عليه عرفا أو شرعا بل الظاهر أنه لا يقدح اعتقاد عدم ترتب

الأثر عليه إذا تحقق القصد إلى التمليک العرفی. و قد صرح بما ذکرنا بعض المحققين حيث قال لا يخل زعم فساد المعاملة ما لم يکن سببا لارتفاع القصد. نعم ربما يشكل الأمر فی فقد الشروط المقومة کعدم الزوجية أو الشک فيها عند إنشاء الطلاق فإنه لا يتحقق القصد إليه منجزا من دون العلم بالزوجية و کذا الرقبة فی العتق و حينئذ فإذا مست الحاجة إلی شیء من ذلک للاحتياط و قلنا بعدم جواز تعليق الإنشاء على ما هو شرط فيه فلا بد من إبرازه بصورة التنجز و إن کان فی الواقع معلقا أو يوکل غير الجاهل بالحال بإيقاعه و لا يقدح فيه تعليق الوکالة واقعا على کون الموکل مالکا للفعل لأن فساد الوکالة بالتعليق لا يوجب ارتفاع الإذن إلا أن ظاهر الشهيد فی القواعد الجزم بالبطلان فيما لو زوج امرأة يشک فی أنها محرمة عليه فظهر حلها و علل ذلک بعدم الجزم حال العقد قال و کذا الإيقاعات کما لو خالع امرأة أو طلقها و هو شاک فی زوجيتها أو ولی نائب الإمام ع قاضيا لا يعلم أهليته و إن ظهر أهلا. ثم قال و يخرج من هذا البيع مال مورثه لظنه حياته فبان ميتا لأن الجزم هنا حاصل- لکن خصوصية البائع غير معلومة و إن قيل بالبطلان أمکن لعدم القصد إلى نقل ملکه و کذا لو زوج أمة أبيه فظهر ميتا انتهى. و الظاهر الفرق بين مثال الطلاق و طرفيه بإمکان الجزم فيهما دون مثال الطلاق فافهم. و قال فی موضع آخر و لو طلق بحضور خنثيين فظهرا رجلين أمکن الصحة و کذا بحضور من يظنه فاسقا فظهر عدلا و يشکلان فی العالم بالحکم لعدم قصدهما إلى طلاق صحيح انتهى.

و من جملة شروط العقد التطابق بين الإيجاب و القبول

المكاسب، ج۲، ص ۱۰۱

فلو اختلفا فی المضمون بأن أوجب البائع البيع على وجه خاص- من حيث خصوص المشتری أو المثمن أو الثمن أو توابع العقد من الشروط فقبل المشتری على وجه آخر لم ينعقد و وجه هذا الاشتراط واضح و هو مأخوذ من اعتبار القبول و هو الرضا بالإيجاب فحينئذ لو قال بعته من موکلک بکذا فقال اشتريته لنفسی لم ينعقد و لو قال بعت هذا من موکلک فقال الموکل غير المخاطب قبلت صح و کذا لو قال بعتک فأمر المخاطب وکيله بالقبول فقبل و لو قال بعتک العبد بکذا فقال اشتريت نصفه بتمام الثمن أو نصفه لم ينعقد. و کذا لو قال بعتک العبد بمائة درهم فقال اشتريته بعشرة دنانير و لو قال للاثنين بعتکما العبد بألف فقال أحدهما اشتريت نصفه بنصف الثمن لم يقع و لو قال کل منهما ذلک لا يبعد الجواز- و نحوه لو قال البائع بعتک العبد بمائة فقال المشتری اشتريت کل نصف منه بخمسين و فيه إشکال. و من جملة الشروط فی العقد أن يقع کل من إيجابه و قبوله فی حال يجوز لکل واحد منهما الإنشاء فلو کان المشتری فی حال إيجاب البائع غير قابل للقبول أو خرج البائع حال القبول عن قابلية الإيجاب لم ينعقد ثم إن عدم قابليتهما إن کان لعدم کونهما قابلين للتخاطب کالموت و الجنون و الإغماء بل النوم- فوجه الاعتبار عدم تحقق معنى المعاقدة و المعاهدة حينئذ. و أما صحة القبول من الموصى له بعد موت الموصی فهو شرط تحققه لا رکن فإن حقيقة الوصية الإيصاء و کذا لو مات قبل القبول قام وارثه مقامه و لو رد جاز له القبول بعد ذلک و إن کان لعدم الاعتبار برضاهما فلخروجه عن مفهوم التعاهد و التعاقد لأن المعتبر فيه عرفا رضا کل منهما لما ينشأه الآخر حين إنشائه کمن يعرض له الحجر بفلس أو سفه أو رق أو قرض أو مرض موت. و الأصل فی جميع ذلک أن الموجب لو فسخ قبل القبول لغا الإيجاب السابق و کذا لو کان المشتری فی زمان الإيجاب غير راض أو کان ممن لا يعتبر رضاه کالصغير فصحة کل من الإيجاب و القبول يکون معناه قائما فی نفس المتکلم من أول العقد إلى أن يتحقق تمام السبب و به يتم معنى المعاقدة فإذا لم يکن هذا المعنى قائما فی نفس أحدهما أو قام و لم يکن قيامه معتبرا لم يتحقق معنى المعاقدة ثم إنهم صرحوا بجواز لحوق الرضا لبيع المکره و مقتضاه عدم اعتباره من أحدهما حين العقد بل يکفی حصوله بعده فضلا عن حصوله بعد الإيجاب و قبل القبول اللهم إلا أن يلتزم بکون الحکم فی المکره على خلاف القاعدة لأجل الإجماع.

فرع لو اختلف المتعاقدان اجتهادا أو تقليدا فی شروط الصيغة

فهل یجوز أن یكتفی كل منهما بما یقتضیه مذهبه أم لا وجوه ثالثها اشتراط عدم كون العقد المركب منهما مما لا قائل بكونه سببا فی النقل كما لو فرضنا أنه لا قائل بجواز تقدیم القبول علی الإیجاب و جواز العقد بالفارسیة أردؤها أخیرها و الأولان مبنیان علی أن الأحكام الظاهریة المجتهد فیها بمنزلة الواقعیة الاضطراریة فالإیجاب بالفارسیة من المجتهد القائل بصحته عند من یراه باطلا بمنزلة إشارة الأخرس و إیجاب العاجز عن العربیة و كصلاة المتیمم بالنسبة إلی واجد الماء أم هی أحكام عذریة لا یعذر فیها إلا من اجتهد أو قلد فیها. و المسألة محررة فی الأصول هذا كله إذا كان بطلان العقد عند كل من المتخالفین مستندا إلی فعل الآخر كالصراحة و العربیة و الماضویة و الترتیب. و أما الموالاة و التنجیز و بقاء المتعاقدین علی صفة صحة الإنشاء إلی آخر العقد فالظاهر أن اختلافها یوجب فساد المجموع لأن الإخلال بالموالاة أو التنجیز أو البقاء علی صفة صحة الإنشاء یفسده عبارة من یراها شروطا فإن الموجب إذا علق مثلا أو لم یبق علی صفة صحة الإنشاء إلی زمان القبول باعتقاد مشروعیة ذلك لم یجز من القائل ببطلان هذا تعقیب هذا الإیجاب بالقبول و كذا القابل إذا لم یقبل إلا بعد فوات الموالاة بزعم صحة ذلك فإنه یجب علی الموجب إعادة إیجابه إذا اعتقد اعتبار الموالاة فتأمل.

مسألة لو قبض ما ابتاعه بالعقد الفاسد لم یملكه – و كان مضمونا علیه

اشارة

أما عدم الملك فلأنه مقتضی فرض الفساد

و أما الضمان بمعنی كون تلفه علیه – و هو أحد الأمور المتفرعة علی القبض بالعقد الفاسد

اشارة

فهو المعروف- . و ادعی الشیخ فی باب الرهن و فی موضع من البیع الإجماع علیه صریحا و تبعه فی ذلك فقیه عصره فی شرح القواعد و فی السرائر أن البیع الفاسد یجری عند المحصلین مجری الغصب فی الضمان و فی موضع آخر نسبه إلی أصحابنا و یدل علیه النبوی المشهور: علی الید ما أخذت حتی تؤدی و الخدشة فی دلالته بأن كلمة علی ظاهرة فی الحكم التكلیفی فلا یدل علی الضمان ضعیفة جدا فإن هذا الظهور إنما هو إذا أسند الظرف إلی فعل من أفعال المكلفین لا إلی مال من الأموال كما یقال علیه دین فإن لفظة علی حینئذ لمجرد الاستقرار فی العهدة- عینا كان أو دینا و من هنا كان المتجه صحة الاستدلال به علی ضمان الصغیر بل المجنون إذا لم یكن یدهما ضعیفة لعدم التمییز و الشعور. و یدل علی الحكم المذكور أیضا- قوله ع: فی الأمة المبتاعة إذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتری أنه یأخذ الجاریة صاحبها و یأخذ الرجل ولده بالقیمة فإن ضمان الولد بالقیمة مع كونه نماء لم یستوفه المشتری یستلزم ضمان الأصل بطریق أولی- و لیس استیلادها من قبیل إتلاف النماء بل من قبیل إحداث نمائها غیر قابل للملك فهو كالتالف لا كالمتلف فافهم. ثم إن هذه المسألة من جزئیات القاعدة المعروفة- كل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده- و ما لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده و هذه القاعدة أصلا و عكسا و إن لم أجدها بهذه العبارة فی كلام من تقدم علی العلامة إلا أنها یظهر من كلمات الشیخ رحمه الله فی المبسوط فإنه علل الضمان فی غیر واحد من العقود الفاسدة بأنه دخل علی أن یكون المال مضمونا علیه- . و حاصله أن قبض المال مقدما علی ضمانه بعوض واقعی أو جعلی موجب للضمان و هذا المعنی یشمل المقبوض بالعقود الفاسدة التی تضمن بصحیحها. و ذكر أیضا فی مسألة عدم الضمان فی الرهن الفاسد أن صحیحة لا یوجب الضمان فكیف یضمن بفاسده و هذا یدل علی العكس المذكور و لم أجد من تأمل فیها عدا الشهید فی المسالك فیما لو فسد عقد السبق فهل یستحق السابق أجرة

المثل أم لا

[القول فی قاعدة الضمان

اشارة

و کیف کان فالمهم بیان معنی القاعدة أصلا و عکسا ثم بیان المدرک فیها.

[أما أصلها]

فتقول و من الله الاستعانة إن المراد بالعقد أعم من الجائز و اللازم بل مما کانت فیه شائبة الإیقاع

المکاسب، ج۲، ص ۱۰۲

أو کان أقرب إلیه فیشمل الجعالة و الخلع و المراد بالضمان فی الجملتین- هو کون درک المضمون علیه بمعنی کون خسارته و درکه فی ماله الأصلی فإذا تلف وقع نقصان فیه لوجوب تدارکه منه و أما مجرد کون تلفه فی ملکه بحیث یتلف مملوکا له کما یتوهم فلیس هـذا معنی للضـمان أصـلا فلاـ یقال إن الإنسان ضامن لأمواله ثم تـدارکه من ماله تارة یکون بأداء عوضه الجعلی الـذی تراضـی هو و المالک علی کونه عوضا و إمضاء الشارع کما فی المضـمون بسـبب العقد الصحیح و أخری بأداء عوضه الواقعی و هو المثل أو القیمة و إن لـم یتراضـیا علیه- و ثالثـة بـأداء أقـل الأـمرین من العـوض الـواقعی و الجعلی کمـا ذکره بعضـهم فی بعض المقامـات مثـل تلف الموهوب بشـرط التعویض قبل دفع العوض. فإذا ثبت هـذا فالمراد بالضـمان بقول مطلق هو لزوم تـدارکه بعوضه الواقعی لأن هـذا هو التدارک حقیقة و لذا لو اشترط ضـمان العاریة لزمت غرامة مثلها أو قیمتها. و لم یرد فی أخبار ضـمان المضـمونات من المغصوبات و غیرها عدا لفظ الضـمان بقول مطلق- و أما تدارکه بغیره فلا بد من ثبوته من طریق آخر مثل تواطئهما علیه بعقد صحیح یمضیه الشارع فاحتمال أن یکون المراد بالضـمان فی قولهم یضـمن بفاسده هو وجوب أداء العوض المسمی نظیر الضمان فی العقد الصحیح ضعیف فی الغایة لا لأن ضـمانه بالمسـمی یخرجه عن فرض الفساد إذ یکفی فی تحقق فرض الفساد بقاء کل من العوضین علی ملک مالکه و إن کـان عنـد تلـف أحـدهما یتعین الآـخر للعوضـیة نظیر المعاطـاة علی القول بالإباحـة- بـل لأجـل مـا عرفت من معنی الضـمان و أن التدارک بالمسـمی فی الصـحیح لإمضاء الشارع ما تواطأ علی عوضـیته لا لأن معنی الضـمان فی الصحیح مغایر لمعناه فی الفاسد حتی یوجب ذلـک تفکیکـا فی العبـارة فـافهم- . ثم العموم فی العقود لیس باعتبـار خصوص الأـنواع- لتکون أفراده مثـل الـبیع و الصـلح و الإجارة و نحوها لجواز کون نوع لا یقتضـی بنوعه الضـمان و إنما المقتضی له بعض أصنافه فالفرد الفاسد من ذلک الصنف یضمن به دون الفرد الفاسـد من غیر ذلک الصـنف مثلا الصـلح بنفسه لا یوجب الضـمان لأنه قـد لا یفیـد إلا فائـدة الهبة غیر المعوضة أو الإبراء فـالموجب للضـمان هو المشـتمل علی المعاوضـة فـالفرد الفاسـد من هـذا القسم موجب للضـمان أیضا و لا یلتفت إلی أن نوع الصـلح الصـحیح من حیث هو لا یوجب ضـمانا فلا یضـمن بفاسـده و کذا الکلام فی الهبة المعوضة و کذا عاریة الذهب و الفضة. نعم ذکروا فی وجه عدم ضمان الصید الذی استعاره المحرم أن صحیح العاریة لا یوجب الضمان فینبغی أن لا یضمن بفسادها و لعل المراد عاریة غیر الذهب و الفضة و غیر المشـروط ضمانها. ثم المتبادر من اقتضاء الصحیح للضمان اقتضاؤه له بنفسه فلو اقتضاه الشرط المتحقق فی ضمن العقـد الصـحیح ففی الضـمان بالفاسد من هذا الفرد المشـروط فیه الضـمان تمسـکا بهذه القاعدة إشـکال کما لو اسـتأجر إجارة فاسدة و اشترط فیها ضـمان العین و قلنا بصـحة هذا الشـرط فهل تضـمن بهذا الفاسد لأن صـحیحة یضمن به و لو لأجل الشرط أم لا و کـذا الکلام فی الفرد الفاسـد من العاریة المضـمونة. و یظهر من الریاض اختیار الضـمان بفاسدها مطلقا تبعا لظاهر المسالک. و یمکن جعل الهبة المعوضة من هذا القبیل بناء علی أنها هبة مشـروطة لا معاوضة و ربما یحتمل فی العبارة أن یکون معناه أن کل شـخص من

العقود یضمن به لو کان صحیحا یضمن به مع الفساد. و رتب علیه عدم الضمان فیما لو استأجر بشرط أن لا- أجرة کما اختاره الشهیدان- أو باع بلا ثمن کما هو أحد وجهی العلامة فی القواعد. و یضعف بأن الموضوع هو العقد الذی وجد له بالفعل صحیح و فاسد لا ما یفرض تارة صحیحا و أخری فاسدا فالمتعین بمقتضی هذه القاعدة الضمان فی مسألة البیع لأن البیع الصحیح یضمن به- . نعم ما ذکره بعضهم من التعلیل لهذه القاعدة بأنه أقدم علی العین مضمونة علیه- لا یجری فی هذا الفرع لکن الکلام فی معنی القاعدة لا فی مدرکها ثم إن لفظة الباء فی بصحیحه و بفاسده- إما بمعنی فی بأن یراد کلما تحقق الضمان فی صحیحة تحقق فی فاسده- . و إما لمطلق السببیة الشامل للناقصة لا العلة التامة فإن العقد الصحیح قد لا یوجب الضمان إلا بعد القبض کما فی السلم و الصرف بل مطلق البیع حیث إن المبیع قبل القبض مضمون علی البائع بمعنی أن درکه علیه و یتدارکه برد الثمن فتأمل و کذا الإجارة و النکاح و الخلع فإن المال فی ذلک کله مضمون علی من انتقل

عنه إلی أن یتسلمه من انتقل إلیه. و أما العقد الفاسد فلا تکون علة تامة أبدا بل یفتقر فی ثبوت الضمان إلی القبض فقبله لا ضمان فجعل الفاسد سببا إما لأنه المنشأ للقبض علی وجه الضمان الذی هو سبب للضمان و إما لأنه سبب الحکم بالضمان بشرط القبض و لذا علل الضمان الشیخ و غیره بدخوله علی أن تکون العین مضمونة علیه. و لا- ریب أن دخوله علی الضمان إنما هو بإنشاء العقد الفاسد فهو سبب لضمان ما یقبضه و الغرض من ذلک کله دفع ما یتوهم أن سبب الضمان فی الفاسد هو القبض لا العقد الفاسد فکیف یقاس الفاسد علی الصحیح فی سببیة الضمان و یقال کلما یضمن بصحیحه یضمن بفاسده. و قد ظهر من ذلک أیضا فساد توهم أن ظاهر القاعدة عدم توقف الضمان فی الفاسد إلی القبض فلا بد من تخصیص القاعدة بإجماع و نحوه ثم إن المدرک لهذه الکلیة- علی ما ذکره فی المسالک فی مسألة الرهن المشروط بکون المرهون مبیعا بعد انقضاء الأجل هو إقدام الآخذ علی الضمان ثم أضاف إلی ذلک قوله ص: علی الید ما أخذت حتی تؤدی. و الظاهر أنه تبع فی استدلاله بالإقدام الشیخ فی المبسوط حیث علل الضمان فی موارد کثیرة من البیع و الإجارة الفاسدین بدخوله علی أن یکون المال مضمونا علیه بالمسمی فإذا لم یسلم له المسمی رجع إلی المثل أو القیمة و هذا الوجه لا یخلو عن تأمل لأنهما إنما أقدما و تراضیا و تواطئا بالعقد الفاسد علی ضمان خاص لا الضمان بالمثل أو القیمة و المفروض عدم إمضاء الشارع لذلک الضمان الخاص و مطلق الضمان لا یبقی بعد انتفاء الخصوصیة حتی یتقوم بخصوصیة أخری فالضمان بالمثل أو القیمة إن ثبت فحکم شرعی تابع لدلیله و لیس مما أقدم علیه المتعاقدان. و هذا کله مع أن مورد هذا التعلیل أعم من وجه من المطلب إذ قد یکون الإقدام موجودا و لا ضمان کما قبل القبض و قد لا یکون إقدام فی العقد الفاسد مع تحقق الضمان کما إذا شرط فی عقد البیع ضمان المبیع علی البائع- إذا تلف فی ید المشتری- و کما إذا

المکاسب، ج۲، ص ۱۰۳

قال بعتک بلا ثمن أو آجرتک بلا أجرة. نعم قوی الشهیدان فی الأخیر عدم الضمان و استشکل العلامة فی مثال البیع فی باب السلم. و بالجملة فدلیل الإقدام مع أنه مطلب یحتاج إلی دلیل لم نحصله منقوض طردا و عکسا و أما خبر الید فدلالته و إن کانت ظاهرة و سنده منجبرا إلا- أن مورده مختص بالأعیان فلا- یشمل المنافع و الأعمال المضمونة فی الإجارة الفاسدة- اللهم إلا أن یستدل علی الضمان فیها بما دل علی احترام مال المسلم و أنه لا یحل إلا عن طیب نفسه و أن حرمة ماله کحرمة دمه و أنه لا یصلح ذهاب حق أحد مضافا إلی أدلة نفی الضرر فکل عمل وقع من عامل لأحد بحیث یقع بأمره و تحصیلا لغرضه فلا بد من أداء عوضه لقاعدتی الاحترام و نفی الضرار. ثم إنه لا یبعد أن یکون مراد الشیخ و من تبعه من الاستدلال علی الضمان بالإقدام و الدخول علیه بیان أن العین و المنفعة- التین تسلمهما الشخص لم یتسلمهما مجانا و تبرعا حتی لا- یقضی احترامهما بتدارکهما بالعوض کما فی العمل المتبرع به و العین المدفوعة مجانا أو أمانة فلیس دلیل الإقدام دلیلا مستقلا بل هو بیان لعدم المانع عن مقتضی الید فی الأموال و احترام الأعمال. نعم فی المسالک ذکر کلا من الأقدام و الید دلیلا مستقلا فیبقی علیه ما ذکر سابقا من النقض و الاعتراض. و یبقی الکلام حینئذ فی بعض الأعمال المضمونة التی لا یرجع نفعها إلی الضامن و لم یقع بأمره کالسبق فی المسابقة الفاسدة حیث حکم

الشيخ و المحقق و غيرهما بعدم استحقاق السابق أجرة المثل خلافا لآخرين- و وجهه أن عمل العامل لم يعد نفعه إلى الآخر- و لم يقع بأمره أيضا. فاحترام الأموال التى منها الأعمال لا يقضى بضمان الشخص له و وجوب عوضه عليه لأنه ليس كالمستوفى له و لذا كانت شرعيته على خلاف القاعدة حيث إنه بذل مال فى مقابل عمل لا ينفع الباذل و تمام الكلام فى بابه- ثم إنه لا فرق فيما ذكرنا من الضمان فى الفاسد- بين جهل الدافع بالفساد و بين علمه مع جهل القابض. و توهم أن الدافع فى هذه الصورة هو الذى سلطه عليه و المفروض أن القابض جاهل- . مدفوع بإطلاق النص و الفتوى و ليس الجاهل مغرورا لأنه أقدم على الضمان قاصدا و تسليط الدافع العالم لا يجعله أمانة مالكية لأنه دفعه على أنه ملك المدفوع إليه لا أنه أمانة عنده أو عارية و لذا لا يجوز له التصرف فيه و الانتفاع به و ستأتى تتمة ذلك فى مسألة بيع الغاصب مع علم المشترى. هذا كله فى أصل الكلية المذكورة

و أما عكسها

و هو أن ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده فمعناه أن كل عقد لا يفيد صحيحة ضمان مورده ففاسده لا يفيد ضمانا كما فى عقد الرهن و الوكالة و المضاربة و العارية غير المضمونة بل المضمونة بناء على أن المراد بإفادة الصحيح للضمان إفادته بنفسه- لا بأمر خارج عنه كالشرط الواقع فى متنه و غير ذلك من العقود اللازمة و الجائزة- ثم إن مقتضى ذلك عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا لأن صحيح الإجارة غير مفيد لضمانها كما صرح به فى القواعد و السرائر. و حكى عن التذكرة و إطلاق الباقى إلا أن صريح الرياض الحكم بالضمان و حكى فيها عن بعض نسبته إلى المفهوم من كلمات الأصحاب و الظاهر أن المحكى عنه- هو المحقق الأردبيلى فى مجمع الفائدة. و ما أبعد ما بينه و بين ما عن جامع المقاصد حيث قال فى باب الغصب إن الذى يلوح من كلامهم هو عدم ضمان العين المستأجرة فاسدا باستيفاء المنفعة و الذى ينساق إليه النظر هو الضمان لأن التصرف فيها حرام لأنه غصب فيضمنه ثم قال إلا أن كون الإجارة الفاسدة لا يضمن بها كما لا يضمن بصحيحها مناف لذلك- فيقال إنه دخل على عدم الضمان بهذا الاستيلاء و إن لم يكن مستحقا و الأصل براءة الذمة من الضمان فلا تكون العين بذلك مضمونة و لو لا ذلك لكان المرتهن ضامنا مع فساد الرهن لأن استيلاءه بغير حق و هو باطل انتهى. و لعل الحكم بالضمان فى المسألة- إما لخروجها عن قاعدة ما لا يضمن لأن المراد بالمضمون مورد العقد و مورد العقد فى الإجارة المنفعة فالعين يرجع فى حكمها إلى القواعد- و حيث كانت فى صحيح الإجارة أمانة مأذونا فيها شرعا و من طرف المالك لم يكن فيه ضمان و أما فى فاسدها فدفع الموجر للعين إنما هو للبناء على استحقاق المستأجر لها لحق الانتفاع فيها و المفروض عدم الاستحقاق- فيده عليها يد عدوان موجبة للضمان و إما لأن قاعدة ما لا يضمن معارضة هنا بقاعدة اليد- و الأقوى عدم الضمان. فالقاعدة المذكورة غير مخصصة بالعين المستأجرة و لا متخصصة

ثم إنه يشكل اطراد القاعدة فى موارد

منها الصيد الذى استعاره المحرم من المحل

بناء على فساد العارية فإنهم حكموا بضمان المحرم له بالقيمة مع أن صحيح العارية لا يضمن به و لذا ناقش الشهيد الثانى فى الضمان على تقديرى الصحة و الفساد إلا أن يقال إن وجه ضمانه بعد البناء على أنه يجب على المحرم إرساله و أداء قيمته أن المستقر عليه قهرا بعد العارية هى القيمة لا العين فوجوب دفع القيمة ثابت قبل التلف- بسبب وجوب الإتلاف الذى هو سبب لضمان ملك الغير فى كل عقد لا بسبب التلف.

و يشكل اطراد القاعدة أيضا فى البيع فاسدا

بالنسبة إلى المنافع التى لم يستوفها فإن هذه المنافع غير مضمونة فى العقد الصحيح مع أنها مضمونة فى العقد الفاسد إلا أن يقال إن ضمان العين يستتبع ضمان المنافع فى العقد الصحيح و الفاسد- . و فيه نظر لأن نفس المنفعة غير مضمونة بشىء فى العقد الصحيح-

لأن الثمن إنما هو بإزاء العين دون المنافع و يمكن نقض القاعدة أيضا بحمل المبيع فاسدا على ما صرح به فى المبسوط و الشرائع و التذكرة- و التحرير من كونه مضمونا على المشترى خلافا للشهيدين و المحقق الثانى و بعض آخر تبعا للعلامة فى القواعد مع أن الحمل غير مضمون فى البيع الصحيح بناء على أنه للبائع. و عن الدروس توجيه كلام العلامة بما إذا اشترط الدخول فى البيع و حينئذ لا نقض على القاعدة و يمكن النقض أيضا بالشركة الفاسدة بناء على أنه لا يجوز التصرف بها فأخذ المال المشترك حينئذ عدوانا موجب للضمان ثم إن مبنى هذه القضية السالبة- على ما تقدم من كلام الشيخ فى المبسوط هى الأولوية و حاصلها أن الرهن لا يضمن بصحيحه فكيف بفاسده. و توضيحه أن الصحيح من العقد إذا لم يقتض الضمان مع إمضاء الشارع له فالفاسد الذى هو بمنزلة العدم لا يؤثر فى الضمان لأن أثر الضمان إما من الإقدام على الضمان و المفروض عدمه و إلا لضمن بصحيحه و إما من حكم الشارع بالضمان المكاسب، ج۲، ص ۱۰۴

بواسطة هذه المعاملة الفاسدة و المفروض أنها لا تؤثر شيئا. و وجه الأولوية أن الصحيح إذا كان مفيدا للضمان- أمكن أن يقال إن الضمان من مقتضيات الصحيح- فلا يجرى فى الفاسد لكونه لغوا غير مؤثر على ما سبق تقريبه من أنه أقدم على ضمان خاص- و الشارع لم يمضه فيرتفع أصل الضمان لكن يخدشها أنه يجوز أن تكون صحة الرهن و الإجارة المستلزمة لتسلط المرتهن و المستأجر على العين شرعا مؤثرة فى رفع الضمان- بخلاف الفاسد الذى لا يوجب تسلطا لهما على العين فلا أولوية. فإن قلت إن الفاسد و إن لم يكن له دخل فى الضمان إلا- أن مقتضى عموم على اليد هو الضمان- خرج منه المقبوض بصحاح العقود التى يكون مواردها غير مضمونة على القابض و بقى الباقى.

قلت ما خرج به المقبوض بصحاح تلك العقود يخرج به المقبوض بفاسدها و هى عموم ما دل على أن من لم يضمنه المالك سواء ملكه إياه بغير عوض- أو سلطه على الانتفاع به أو استأمنه منه عليه لحفظه أو دفعه إليه لاستيفاء حقه- أو العمل فيه بلا أجرة أو معها أو غير ذلك فهو غير ضامن. أما فى غير التمليك بلا عوض أعنى الهبة فالدليل المخصص لقاعدة الضمان- عموم ما دل على أن من استأمنه المالك على ملكه غير ضامن بل ليس لك أن تتهمه- . و أما فى الهبة الفاسدة فيمكن الاستدلال على خروجها من عموم اليد بفحوى ما دل على خروج مورد الاستيمان فإن استيمان المالك لغيره على ملكه إذا اقتضى عدم ضمانه له- اقتضى التسليط المطلق عليه مجانا عدم ضمانه بطريق أولى. و التقييد بالمجانية لخروج التسليط المطلق بالعوض كما فى المعاوضات فإنه عين التضمين فحاصل أدلة عدم ضمان المستأمن أن دفع المالك إليه ملكه على وجه لا يضمنه بعوض واقعى أعنى المثل أو القيمة و لا جعلى فليس عليه ضمان.

الثانى من الأمور المتفرعة على عدم تملك المقبوض بالبيع الفاسد- وجوب رده فورا إلى المالك

و الظاهر أنه مما لا خلاف فيه- على تقدير عدم جواز التصرف فيه كما يلوح من مجمع الفائدة بل صرح فى التذكرة كما عن جامع المقاصد أن مئونة الرد على المشترى لوجوب ما لا يتم إلا به و إطلاقه يشمل ما لو كان فى رده مئونة كثيرة إلا أن يقيد بغيرها بأدلة نفى الضرر. و يدل عليه أن الإمساك آنا ما تصرف فى مال الغير بغير إذنه فلا يجوز لقوله عجل الله تعالى فرجه: لا يجوز لأحد أن يتصرف فى مال غيره إلا بإذنه و لو نوقش فى كون الإمساك تصرفا كفى عموم قوله ص: لا يحل مال امرأ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه حيث يدل على تحريم جميع الأفعال المتعلقة به التى منها كونه فى يده. و أما توهم أن هذا بإذنه حيث إنه دفعه باختياره فمندفع بأنه إنما ملكه إياه عوضا- فإذا انتفت صفة العوضية باعتبار عدم سلامة العوض له شرعا و المفروض أن كونه على وجه الملكية المجانية مما لم ينشئها المالك و كونه مالا للمالك و أمانة فى يده أيضا مما لم يؤذن فيه و لو أذن له فهو استيداع جديد كما أنه لو ملكه مجانا كانت هبة جديدة هذا و لكن الذى يظهر من المبسوط عدم الإثم فى إمساكه معللا بأنه قبضه بإذنه مالكه و كذا السرائر ناسبا له إلى الأصحاب و هو ضعيف و النسبة غير ثابتة و لا يبعد إرادة صورة الجهل لأنه لا يعاقب.

الثالث أنه لو كان للعين المبتاعة منفعة– استوفاها المشتری قبل الرد

كان عليه عوضها على المشهور بل ظاهر ما تقدم من السرائر كونه بمنزلة المغصوب الاتفاق على الحكم. و يدل عليه عموم قوله لا يحل مال امرأ مسلم لأخيه إلا عن طيب نفسه بناء على صدق المال على المنفعة و لذا يجعل ثمنا فی البیع و صداقا فی النکاح خلافا للوسيلة فنفى الضمان محتجا بأن الخراج بالضمان كما فی النبوی المرسل. و تفسيره أن من ضمن شيئا و تقبله لنفسه فخراجه له فالباء للسببية أو المقابلة– فالمشتری لما أقدم على ضمان المبيع و تقبله على نفسه بتقبيل البائع و تضمينه إياه على أن يكون الخراج له مجانا كان اللازم من ذلك أن خراجه له على تقدير الفساد– كما أن الضمان عليه على هذا التقدير أيضا. و الحاصل أن ضمان العين لا يجتمع مع ضمان الخراج و مرجعه إلى أن الغنيمة و الفائدة بإزاء الغرامة و هذا المعنى مستنبط من أخبار كثيرة متفرقة مثل قوله فی مقام الاستشهاد على كونه منفعة المبيع فی زمان الخيار للمشتری أ لا ترى أنها لو احترقت كانت من مال المشتری و نحوه فی الرهن و غيره. و فيه أن هذا الضمان ليس هو ما أقدم عليه المتبايعان حتى يكون الخراج بإزائه و إنما هو أمر قهری حكم به الشارع كما حكم بضمان المقبوض بالسوم و المغصوب. فالمراد بالضمان الذی بإزائه الخراج التزام الشیء على نفسه و تقبله له مع إمضاء الشارع له و ربما ينتقض ما ذكرناه– فی معنى الرواية بالعارية المضمونة حيث إنه أقدم على ضمانها مع أن خراجها ليس له لعدم تملكه للمنفعة و إنما تملك الانتفاع الذی عينه المالك فتأمل. و الحاصل أن دلالة الرواية لا تقصر عن سندها فی الوهن فلا يترك لأجلها قاعدة ضمان مال المسلم و احترامه و عدم حله إلا عن طيب النفس و ربما يرد هذا القول بما ورد فی شراء الجارية المسروقة– من ضمان قيمة الولد و عوض اللبن بل عوض كلما انتفع. و فيه أن الكلام فی البيع الفاسد الحاصل بين مالكی العوضين من جهة أن مالك العين جعل خراجها له بإزاء ضمانها بالثمن لا ما كان فساده من جهة التصرف فی مال الغير و أضعف من ذلك رده بصحيحة أبی ولاد المتضمنة لضمان منفعة المغصوب المستوفاة ردا على أبی حنيفة القائل بأنه إذا تحقق ضمان العين و لو بالغصب سقط كراها كما يظهر من تلك الصحيحة. نعم لو كان القول المذكور موافقا لقول أبی حنيفة فی إطلاق القول بأن الخراج بالضمان انتهضت الصحيحة و ما قبلها ردا عليه هذا كله فی المنفعة المستوفاة و أما المنفعة الفائتة بغير استيفاء فالمشهور فيها أيضا الضمان و قد عرفت عبارة السرائر المتقدمة– و لعله لكون المنافع أموالا فی يد من بيده العين فهی مقبوضة فی يده و لذا يجری على المنفعة حكم المقبوض إذا قبض العين فتدخل المنفعة فی ضمان المستأجر و يتحقق قبض الثمن فی السلم بقبض الجارية المجعول خدمتها ثمنا و كذا الدار المجعول سكناها ثمنا مضافا إلى أنه مقتضی احترام مال المسلم إذ كونه فی يد غير مالكه مدة طويلة من غير أجرة مناف للاحترام لكن يشكل الحكم– بعد تسليم كون المنافع أموالا حقيقة بأن مجرد ذلك لا يكفی فی تحقق الضمان إلا أن يندرج فی عموم على اليد ما أخذت و لا إشكال فی عدم شمول صلة الموصول للمنافع و حصولها فی اليد بقبض العين لا يوجب صدق الأخذ و دعوى أنه كناية عن مطلق الاستيلاء الحاصل فی المنافع بقبض الأعيان مشكلة. و أما احترام

المكاسب، ج۲، ص ۱۰۵

مال المسلم فإنما يقتضی عدم حل التصرف فيه و إتلافه بلا عوض– و إنما يتحقق ذلك فی الاستيفاء فالحكم بعدم الضمان مطلقا كما عن الإيضاح أو مع علم البائع بالفساد كما عن بعض آخر موافق للأصل السليم مضافا إلى أنه قد يدعى شمول قاعدة ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده له و من المعلوم أن صحيح البيع لا يوجب ضمانا للمشتری للمنفعة لأنها له مجانا و لا يتقسط الثمن عليها و ضمانها مع الاستيفاء لأجل الإتلاف فلا ينافی القاعدة المذكورة لأنها بالنسبة إلى التلف لا الإتلاف مضافا إلى الأخبار الواردة فی ضمان المنافع المستوفاة من الجارية المسروقة المبيعة الساكتة عن ضمان غيرها فی مقام البيان.: و كذا صحيحة محمد بن قيس الواردة فيمن باع وليدة أبيه بغير إذنه فقال ع: الحكم أن يأخذ الوليدة و ابنها و سكت عن المنافع الفائتة فإن عدم الضمان فی هذه الموارد مع كون العين لغير البائع– يوجب عدم الضمان هنا بطريق أولى. و الإنصاف أن للتوقف فی المسألة كما فی المسالك تبعا للدروس و

التنقيح مجالا و ربما يظهر من القواعد فى باب الغصب عند التعرض لأحكام البيع الفاسد اختصاص الإشكال و التوقف بصورة علم البائع على ما استظهر السيد العميد و المحقق الثانى من عبارة الكتاب. و عن الفخر حمل الإشكال فى العبارة على مطلق صورة عدم الاستيفاء فتحصل من ذلك كله أن الأقوال فى ضمان المنافع غير المستوفاة خمسة الأول الضمان و كأنه للأكثر. الثانى عدم الضمان كما عن الإيضاح. الثالث الضمان إلا مع علم البائع كما عن بعض من كتب على الشرائع. الرابع التوقف فى هذه الصورة كما استظهره جامع المقاصد و السيد العميد من عبارة القواعد.

الخامس التوقف مطلقا كما عن الدروس و التنقيح و المسالك و محتمل القواعد كما يظهر من فخر الدين. و قد عرفت أن التوقف أقرب إلى الإنصاف إلا أن المحكى عن التذكرة ما لفظه أن منافع الأموال من العبد و الثياب و العقار و غيرها مضمونة بالتفويت و الفوات تحت اليد العادية فلو غصب عبدا أو جارية أو ثوبا أو عقارا أو حيوانا مملوكا ضمن منافعه سواء أتلفها بأن استعملها أو فاتت تحت يده بأن بقيت مدة فى يده لا يستعملها عند علمائنا أجمع. و لا يبعد أن يراد باليد العادية مقابل اليد الحقة فتشمل يد المشترى فيما نحن فيه خصوصا مع غلبته و لا سيما مع جهل البائع به و أظهر منه ما فى السرائر فى آخر باب الإجارة من الاتفاق أيضا على ضمان منافع المغصوب الفائتة مع قوله فى باب البيع إن البيع الفاسد عند أصحابنا بمنزلة الشيء المغصوب إلا فى ارتفاع الإثم عن إمساكه انتهى. و على هذا فالقول بالضمان لا يخلو عن قوة و إن كان المتراءى من ظاهر صحيحة أبى ولاد- اختصاص الضمان فى المغصوب بالمنافع المستوفاة من البغل المتجاوز به إلى غير محل الرخصة إلا أنا لم نجد بذلك عاملا فى المغصوب الذى هو موردها.

الرابع- إذا تلف المبيع فإن كان مثليا وجب مثله بلا خلاف

إلا ما يحكى عن ظاهر الإسكافى. و قد اختلفت كلمات أصحابنا فى تعريف المثلى فالشيخ و ابن زهرة و ابن إدريس و المحقق و تلميذه و العلامة و غيرهم قدس الله أرواحهم بل المشهور على ما حكى- أنه ما تساوت أجزاؤه من حيث القيمة و المراد بأجزائه ما يصدق عليه اسم الحقيقة و المراد بتساويها من حيث القيمة تساويها بالنسبة بمعنى كون قيمة كل بعض بالنسبة إلى قيمة البعض الآخر كنسبة نفس البعضين من حيث المقدار و لذا قيل فى توضيحه- إن المقدار منه إذا كان يساوى قيمة فنصفه يساوى نصف تلك القيمة. و من هنا رجح الشهيد الثانى كون المصوغ من النقدين قيميا قال إذ لو انفصل نقصت قيمته قلت و هذا يوجب أن لا يكون الدرهم الواحد مثليا إذ لو انكسر نصفين نقصت قيمة نصفه عن نصف قيمة المجموع إلا أن يقال إن الدرهم مثلى بالنسبة إلى نوعه و هو الصحيح و لذا لا يعد الجريش مثلا للحنطة و لا الدقاقة مثلا للأرز. و من هنا يظهر أن كل نوع من أنواع الجنس الواحد بل كل صنف من أصناف نوع واحد مثلى بالنسبة إلى أفراد ذلك النوع أو الصنف- فلا يرد ما قيل من أنه إن أريد التساوى بالكلية فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف إذ ما من مثلى إلا و أجزاؤه مختلفة فى القيمة كالحنطة فإن قفيزا من حنطة يساوى عشرة و من أخرى يساوى عشرين و إن أريد التساوى فى الجملة فهو فى القيمى موجود كالثوب و الأرض انتهى. و قد لوح هذا المورد فى آخر كلامه إلى دفع إيراده بما ذكرنا من أن كون الحنطة مثلية معناه أن كل صنف منها متماثل للأجزاء و متساويا فى القيمة لا بمعنى أن جميع أبعاض هذا النوع متساوية فى القيمة فإذا كان المضمون بعضا من صنف فالواجب دفع مساوية من هذا الصنف لا القيمة و لا بعض من صنف آخر. لكن الإنصاف أن هذا خلاف ظاهر كلماتهم فإنهم يطلقون المثلى على جنس الحنطة و الشعير و نحوهما مع عدم صدق التعريف عليه و إطلاق المثلى على الجنس باعتبار مثلية أنواعه أو أصنافه و إن لم يكن بعيدا إلا أن انطباق التعريف على الجنس بهذا الاعتبار بعيد جدا إلا أن يهملوا خصوصيات الأصناف الموجبة لزيادة القيمة و نقصانها كما التزمه بعضهم. غاية الأمر وجوب رعاية الخصوصيات عند أداء المثل عوضا عن التالف- أو القرض و هذا أبعد- هذا مضافا إلى أنه يشكل اطراد التعريف بناء على هذا بأنه إن أريد تساوى الأجزاء من صنف واحد من حيث القيمة تساويا حقيقيا فإنه قل ما يتفق ذلك فى الصنف الواحد من النوع لأن أشخاص ذلك الصنف لا تكاد تتساوى فى القيمة لتفاوتها بالخصوصيات الموجبة لزيادة الرغبة و نقصانها كما لا يخفى و إن أريد تقارب

أجزاء ذلك الصنف من حيث القيمة و إن لم تتساو حقيقة تحقق ذلك في أكثر القيميات فإن لنوع الجارية أصنافا متقاربة في الصفات الموجبة لتساوي القيمة و بهذا الاعتبار يصح السلم فيها و لذا اختار العلامة في باب القرض من التذكرة على ما حكى عنه أن ما يصح فيه السلم من القيميات مضمون في القرض بمثله. و قد عد الشيخ في المبسوط الرطب و الفواكه من القيميات مع أن كل نوع منهما مشتمل على أصناف متقاربة في القيمة بل متساوية عرفا ثم لو فرض أن الصنف المتساوي من حيث القيمة في الأنواع القيمية عزيز الوجود بخلاف الأنواع المثلية لم يوجب ذلك إصلاح طرد التعريف. نعم يوجب ذلك الفرق بين النوعين في حكمه الحكم بضمان المثلي

المكاسب، ج ۲، ص ۱۰۶

بالمثلي و القيمي بالقيمة ثم إنه قد عرف المثلي بتعاريف أخر أعم من التعريف المتقدم أو أخص. فعن التحرير أنه ما تماثلت أجزاؤه و تقاربت صفاته و عن الدروس و الروضة البهية أنه المتساوي الأجزاء و المنفعة المتقارب الصفات و عن المسالك و الكفاية أنه أقرب التعريفات إلى السلامة و عن غاية المراد ما تساوت أجزاؤه في الحقيقة النوعية و عن بعض العامة أنه ما قدر بالكيل أو الوزن. و عن آخر منهم زيادة جواز بيعه سلما- . و عن ثالث منهم زيادة جواز بيع بعضه ببعض- . إلى غير ذلك مما حكاه في التذكرة عن العامة. ثم لا يخفى أنه ليس للفظ المثلي حقيقة شرعية و لا متشرعة و ليس المراد معناه اللغوي إذ المراد بالمثل لغة المماثل فإن أريد من جميع الجهات فغير منعكس و إن أريد من بعضها فغير مطرد و ليس في النصوص حكم يتعلق بهذا العنوان حتى يبحث عنه. نعم وقع هذا العنوان في معقد إجماعهم على أن المثلي يضمن بالمثل و غيره بالقيمة و من المعلوم أنه لا يجوز الاتكال في تعيين معقد الإجماع على قول بعض المجمعين مع مخالفة الباقين- و حينئذ فينبغي أن يقال كلما كان مثليا باتفاق المجمعين فلا إشكال في ضمانه بالمثل للإجماع. و يبقى ما كان مختلفا فيه بينهم كالذهب و الفضة غير المسكوكين فإن صريح الشيخ في المبسوط كونهما من القيميات- و ظاهر غيره كونهما مثليين و كذا الحديد و النحاس و الرصاص فإن ظواهر عبائر المبسوط و الغنية و السرائر كونها قيمية. و عبارة التحرير صريحة في كون أصولها مثلية و إن كان المصوغ منها قيميا. و قد صرح الشيخ في المبسوط بكون الرطب و العنب قيميين و التمر و الزبيب مثليين و قال في محكي المختلف إن في الفرق إشكالا بل صرح بعض من قارب عصرنا بكون الرطب و العنب مثليين. و قد حكى عن موضع من جامع المقاصد أن الثوب مثلي و المشهور خلافه و أيضا فقد مثلوا للمثلي بالحنطة و الشعير و لم يعلم أن المراد نوعهما أو كل صنف- و ما المعيار في الصنف و كذا التمر و الحاصل أن موارد عدم تحقق الإجماع على المثلية فيها كثيرة- فلا بد من ملاحظة أن الأصل الذي يرجع إليه عند الشك هو الضمان بالمثل أو بالقيمة أو تخيير المالك أو الضامن بين المثل و القيمة و لا يبعد أن يقال إن الأصل هو تخيير الضامن لأصالة براءة ذمته عما زاد على ما يختاره فإن فرض إجماع على خلافه فالأصل تخيير المالك لأصالة عدم براءة ذمته بدفع ما لا يرضى به المالك مضافا إلى عموم على اليد ما أخذت حتى تؤدي فإن مقتضاه عدم ارتفاع الضمان بغير أداء العين خرج ما إذا رضي المالك بشيء آخر و الأقوى تخيير المالك من أول الأمر لأصالة الاشتغال و التمسك بأصالة البراءة لا يخلو من منع. نعم يمكن أن يقال بعد عدم الدليل لترجيح أحد الأقوال و الإجماع على عدم تخيير المالك التخيير في الأداء من جهة دوران الأمر بين المحذورين أعني تعين المثل بحيث لا يكون للمالك مطالبة القيمة و لا للضامن الامتناع و بين تعيين القيمة كذلك فلا- متيقن في البين و لا يمكن البراءة اليقينية عند التشاح- فهو من باب تخيير المجتهد في الفتوى فتأمل هذا و لكن يمكن أن يقال- إن القاعدة المستفاد من إطلاقات الضمان- في المغصوبات و الأمانات المفرط فيها و غير ذلك هو الضمان بالمثل لأنه أقرب إلى التالف من حيث المالية و الصفات ثم بعده قيمة التالف من النقدين و شبههما- لأنهما أقرب من حيث المالية- لأن ما عداهما يلاحظ مساواته للتالف بعد إرجاعه إليهما و لأجل الاتكال على هذا الظهور لا تكاد تظفر على مورد واحد من هذه الموارد على كثرتها قد نص المشهور فيه على ذكر المضمون به بل كلها إلا ما شذ و ندر قد أطلق فيها الضمان فلو لا الاعتماد على ما هو المتعارف لم يحسن من الشارع إهماله في موارد البيان. و قد استدل في المبسوط و الخلاف على ضمان المثلي بالمثل و القيمي

بالقیمـة بقوله تعالی فَمَنِ اعْتَـدی عَلَیْکُمْ فَاعْتَـدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَـدی عَلَیْکَمْ بتقریب أن مماثل ما اعتدی هو المثل فی المثلی و القیمة فی غیره و اختصاص الحکم بالمتلف عـدوانا لا یقـدح بعـد عـدم القول بالفصل و ربما يناقش فی الآیة بأن مدلولها اعتبار المماثلة فی مقـدار الاعتـداء لا المعتـدی به و فیه نظر. نعم الإنصاف عـدم وفاء الآیة کالدلیل السابق علیها- بالقول المشـهور لأن مقتضاهما وجوب المماثلة العرفیة فی الحقیقة و المالیة- و هذا یقتضی اعتبار المثل حتی فی القیمیات سواء وجد المثل

فیها أم لا أما مع وجود المثل فیها کما لو أتلف ذراعا من کرباس طوله عشرون ذراعا متساویة من جمیع الجهات فإن مقتضی العرف و الآیـة إلزام الضامن بتحصـیل ذراع آخر من ذلک و لو بأضـعاف قیمته و دفعه إلی مالک الـذراع المتلف مع أن القائل بقیمیة الثوب لا یقول به- و کـذا لو أتلف علیه عبـدا و له فی ذمـة المالـک بسـبب القرض أو السـلم عبـد موصوف بصـفات التالف فإنهم لا یحکمون بالتهاتر القهری کما یشـهد به ملاحظ کلماتهم فی بیع عبد من عبدین. نعم ذهب جماعة منهم الشـهیدان فی الدروس و المسالک إلی جواز رد العین المقترضـة إذا کـانت قیمیـة لکن لعله من جهـة صـدق أداء القرض بأداء العین لا من جهـة ضـمان القیمی بالمثل و لـذا اتفقوا علی عـدم وجوب قبول غیرهـا و إن کـان مماثلاـ لهـا من جمیع الجهـات. و أمـا مع عـدم وجود المثـل للقیمی التالف فمقتضـی الدلیلین عدم سقوط المثل من الذمة بالتعذر کما لو تعذر المثل فی المثلی فیضمن بقیمته یوم الدفع کالمثلی و لا یقولون به و أیضا فلو فرض نقصـان المثـل عن التـالف من حیث القیمـة نقصانـا فاحشـا فمقتضـی ذلـک عـدم جواز إلزام المالـک بالمثـل لاقتضائهما اعتبار المماثلـة فی الحقیقة و المالیة- مع أن المشـهور کما یظهر من بعض إلزامه به و إن قوی خلافه بعض بل ربما احتمل جواز دفع المثل و لو سـقط المثل عن القیمة بالکلیة و إن کان الحق خلافه- فتبین أن النسبة بین مذهب المشهور و مقتضی العرف و الآیة عموم من وجه فقـد یضـمن بالمثل بمقتضـی الدلیلین- و لا یضـمن به عند المشـهور کما فی المثالین المتقدمین. و قد ینعکس الحکم کما فی المثال الثـالث و قـد یجتمعان فی المضـمون به کما فی أکثر الأمثلة ثم إن الإجماع علی ضـمان القیمی بالقیمـة علی تقـدیر تحققه لا یجـدی بالنسبة إلی ما لم یجمعوا علی کونه قیمیا ففی موارد الشک یجب الرجوع إلی المثل بمقتضـی الدلیل السابق و عموم الآیة بناء علی ما هو الحق المحقق من أن العام المخصص بالمجمل مفهوما المردد بین الأقل و الأکثر

المکاسب، ج۲، ص ۱۰۷

لاـ یخرج عن الحجیـة بالنسـبة إلی موارد الشـک. فحاصـل الکلام أن ما أجمع علی کونه مثلیا یضـمن بالمثل مع مراعاة الصـفات التی یختلف فیهـا الرغبـات و إن فرض نقصـان قیمته فی زمـان الـدفع أو مکـانه عن قیمـة التـالف بناء علی تحقق الإجماع علی إهمال هـذا التفـاوت مضافا إلی الخبر الوارد فی أن الثـابت فی ذمـة من اقترض دراهم و أسـقطها السـلطان و روج غیرها هی الـدراهم الأولی و ما أجمع علی کونه قیمیـا یضـمن بالقیمـة بناء علی ما سـیجیء من الاتفاق علی ذلک و إن وجـد مثله- أو کان مثله فی ذمـة الضامن و ما شک فی کونه قیمیا أو مثلیا یلحق بالمثلی مع عدم اختلاف قیمتی المدفوع و التالف و مع الاختلاف الحق بالقیمی فتأمل.

الخامس ذکر فی القواعد أنه لو لم یوجد المثل إلا بأکثر من ثمن المثل

ففی وجوب الشراء تردد انتهی. أقول کثرة الثمن إن کانت لزیادة القیمة السوقیة للمثل- بأن صارت قیمته أضعاف قیمة التالف یوم تلفه فالظاهر أنه لا إشـکال فی وجوب الشـراء و لا خلاف کما صـرح به فی الخلاف حیث قال إذا غصب ماله مثل الحبوب و الأدهان فعلیه مثـل مـا تلف فی یـده یشتریه بـأی ثمن کـان بلاـ خلاـف و فی المبسوط یشتریه بـأی ثمن کـان إجماعا انتهی. و وجهه عموم النص و الفتوی بوجوب المثل فی المثلی و یؤیـده فحوی حکمهم بأن تنزل قیمـة المثل حین الدفع عن یوم التلف لا یوجب الانتقال إلی القیمة بل ربما احتمل بعضـهم ذلک مع سـقوط المثل فی زمان الدفع عن المالیة کالماء علی الشاطئ و الثلج فی الشتاء و إما إن کانت لأجل تعـذر المثل و عدم وجدانه إلا عند من یعطیه بأزید مما یرغب فیه الناس مع وصف الإعواز بحیث یعد بذل ما یرید مالکه بإزائه ضـررا عرفـا. فالظـاهر أن هـذا هو المراد بعبـارة القواعـد لأن الثمن فی الصورة الأولی لیس بأزیـد من ثمن المثل بل هو ثمن المثل و إنما زاد

على ثمن التـالف يوم التلف فحينئـذ يمكن التردد فى الصورة الثانيـة كما قيل من أن الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعـدوم كالرقبة فى الكفارة و الهدى و أنه يمكن معاندة البائع و طلب أضـعاف القيمة و هو ضـرر و لكن الأقوى مع ذلك وجوب الشراء وفاقا للتحرير كما عن الإيضاح و الـدروس و جامع المقاصد بل إطلاق السرائر و نفى الخلاف المتقدم عن الخلاف لعين ما ذكر فى الصورة الأولى ثم إنه لا فرق فى جواز مطالبـة المالك بالمثل بين كونه فى مكان التلف أو غيره و لا بين كون قيمته فى مكان المطالبـة أزيد من قيمته فى مكـان التلف أم لاـ وفاقا لظـاهر المحكى عن التحرير و التـذكرة و الإيضاح و الـدروس و جامع المقاصـد. و فى السـرائر أنه الـذى يقتضـيه عدل الإسلام و الأدلة و أصول المذهب و هو كذلك لعموم الناس مسلطون على أموالهم هذا مع وجود المثل فى بلد المطالبة و أما مع تعذره فسيأتى حكمه فى المسألة السادسة.

السادس لو تعذر المثل فى المثلى

اشارة

السادس لو تعذر المثل فى المثلى
فمقتضى القاعدة وجوب دفع القيمة مع مطالبة المالك لأن منع المالك ظلم- و إلزام الضامن بالمثل منفى بالتعذر فوجبت القيمة جمعا بين الحقين مضافا إلى قوله تعالى فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدى عَلَيْكُمْ فإن الضامن إذا ألزم بالقيمـة مع تعـذر المثل لم يعتـد عليه أزيد مما اعتـدى و أما مع عـدم مطالبـة المالك فلا دليل على إلزامه بقبول القيمـة لأن المتيقن أن دفع القيمـة علاج لمطالبة المالك و جمع بين حق المالك بتسـليطه على المطالبـة و حق الضامن لعـدم تكليفه بالتعذر و المعسور أما مع عدم المطالبة فلا دليل على سـقوط حقه عن المثـل. و ما ذكرنا يظهر من المحكى عن التـذكرة و الإيضاح حيث ذكرا فى رد بعض الاحتمالات الآتيـة فى حكم تعـذر المثل ما لفظه أن المثل لا يسـقط بالإعواز أ لا ترى أن المغصوب منه لو صبر إلى زمان وجـدان المثل ملك المطالبـة و إنما المصـير إلى القيمة وقت تغريمها انتهى. لكن أطلق كثير منهم الحكم بالقيمـة عند تعذر المثل و لعلهم يريدون صورة المطالبة و إلا فلا دليل على الإطلاق و يؤيد ما ذكرنا- أن المحكى عن الأكثر فى باب القرض أن المعتبر فى المثلى المتعذر قيمته يوم المطالبة. نعم عبر بعضـهم بيوم الدفع فليتأمـل و كيف كان فلنرجع إلى حكم المسألـة فنقول إن المشـهور أن العبرة فى قيمـة المثل المتعـذر بقيمته هو يوم الـدفع لأن المثلى ثابت فى الذمة إلى ذلك الزمان و لا دليل على سـقوطه بتعذره كما لا يسقط الدين بتعذر أدائه. و قد صرح بما ذكرنا المحقق الثانى و قـد عرفت من التـذكرة و الإيضـاح مـا يـدل عليه- و يحتمـل اعتبـار وقت تعـذر المثـل و هو للحلى فى البيع الفاسـد و التحرير فى باب القرض و المحكى عن المسالـك لأـنه وقت الانتقال إلى القيمـة و يضـعفه أنه إن أريـد بالانتقال- انقلاب ما فى الذمـة إلى القيمـة فى ذلك الوقت فلا دليل عليه و إن أريـد عـدم وجوب إسـقاط ما فى الذمـة إلا بالقيمـة فوجوب الإسـقاط بها و إن حـدث يوم التعذر مع المطالبة إلا أنه لو أخر الإسقاط بقى المثل فى الذمة إلى تحقق الإسقاط و إسقاطه فى كل زمان بأداء قيمته فى ذلك الزمان و ليس فى الزمان الثانى مكلفا بما صـدق عليه الإسـقاط فى الزمان الأول هـذا و لكن لو اسـتندنا فى لزوم القيمة فى المسألة إلى ما تقدم سابقا من الآيـة و من أن المتبادر من إطلاقات الضـمان هو وجوب الرجوع إلى أقرب الأموال إلى التالف بعـد تعذر المثل توجه القول بصـيرورة التالف قيميا بمجرد تعذر المثل إذ لا فرق فى تعذر المثل بين تحققه ابتداء كما فى القيميات- و بين طروه بعد التمكن كما فى ما نحن فيه. و دعوى اختصاص الآيـة و إطلاقات الضـمان بالحكم بالقيمـة بتعذر المثل ابتداء لا يخلو عن تحكم- ثم إن فى المسألة احتمالات أخر- ذكر أكثرها فى القواعد و قوى بعضها فى الإيضاح و بعضها بعض الشافعية و حاصل جميع الاحتمالات فى المسألة مع مبانيها أنه إما أن نقول باسـتقرار المثل فى الذمـة إلى أوان الفراغ منه بدفع القيمة و هو الذى اخترناه- تبعا للأكثر من اعتبار القيمة عند الإقباض و

ذكره فى القواعد خامس الاحتمالات و إما أن نقول بصيرورته قيميا عند الإعواز فإذا صار كذلك فإما أن نقول إن المثل المستقر فى الذمة قيمى فتكون القيمية صفة للمثل بمعنى أنه لو تلف وجبت قيمته و إما أن نقول إن المغصوب انقلب قيميا بعد أن كان مثليا. فإن قلنا بالأول فإن جعلنا الاعتبار فى القيمى بيوم التلف كما هو أحد الأقوال كان المتعين قيمة المثل يوم الإعواز كما صرح به فى السرائر فى البيع الفاسد و التحرير فى باب القرض لأنه يوم تلف القيمى و إن جعلنا الاعتبار فيه بزمان الضمان كما

المكاسب، ج۲، ص ۱۰۸

هو القول الآخر فى القيمى كان المتجه اعتبار زمان تلف العين لأنه أول أزمنة وجوب المثل فى الذمة المستلزم لضمانه بقيمته عند تلفه و هذا مبنى على القول بالاعتبار فى القيمى بوقت الغصب كما عن الأكثر و إن جعلنا الاعتبار فيه بأعلى القيم من زمان الضمان إلى زمان التلف كما حكى عن جماعة من القدماء فى الغصب كان المتجه الاعتبار بأعلى القيم من يوم تلف العين إلى زمان الإعواز و ذكر هذا الوجه فى القواعد ثانى الاحتمالات. و إن قلنا إن التالف انقلب قيميا احتمل الاعتبار بيوم الغصب كما فى القيمى المغصوب و الاعتبار بالأعلى منه إلى يوم التلف و ذكر هذا أول الاحتمالات فى القواعد. و إن قلنا إن المشترك بين العين و المثل صار قيميا جاء احتمال الاعتبار بالأعلى من يوم الضمان إلى يوم تعذر المثل لاستمرار الضمان فيما قبله من الزمان إما للعين و إما للمثل فهو مناسب لضمان الأعلى من حين الغصب إلى التلف و هذا ذكره فى القواعد ثالث الاحتمالات و احتمل الاعتبار بالأعلى من يوم الغصب إلى دفع المثل- و وجهه فى محكى التذكرة و الإيضاح بأن المثل لا يسقط بالإعواز قالا أ لا ترى أنه لو صبر المالك إلى وجدان المثل استحقه- فالمصير إلى القيمة عند تغريمها و القيمة الواجبة على الغاصب أعلى القيم. و حاصله أن وجوب دفع قيمة المثلى يعتبر من زمن وجوبها أو وجوب مبدلها أعنى العين فيجب أعلى القيم منهما فافهم. إذا عرفت هذا فاعلم أن المناسب لإطلاق كلامهم- لضمان المثل فى المثلى هو أنه مع تعذر المثل لا يسقط المثل عن الذمة غاية الأمر يجب إسقاطه مع مطالبة المالك فالعبرة بما هو إسقاط حين الفعل فلا عبرة بالقيمة إلا يوم الإسقاط و تفريغ الذمة و أما بناء على ما ذكرنا من أن المتبادر من أدلة الضمان التغريم بالأقرب إلى التالف فالأقرب كان المثل مقدما مع تيسره و مع تعذره ابتداء كما فى القيمى أو بعد التمكن كما فيما نحن فيه كان المتعين هو القيمة فالقيمة قيمة للمغصوب من حين صار قيميا و هو حال الإعواز فحال الإعواز معتبر من حيث إنه أول أزمنة صيرورة التالف قيميا لا من حيث ملاحظة القيمة قيمة للمثل دون العين فعلى القول باعتبار يوم التلف فى القيمى توجه ما اختاره الحلى رحمه الله. و لو قلنا بضمان القيمى بأعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف- كما عليه جماعة من القدماء توجه ضمانه فيما نحن فيه بأعلى القيم من حين الغصب إلى زمان الإعواز إذ كما أن ارتفاع القيمة مع بقاء العين مضمون بشرط تعذر أدائها المتدارك لارتفاع القيم كذلك يشترط تعذر المثل فى المثلى إذ مع رد المثل يرتفع ضمان القيمة السوقية- و حيث كانت العين فيما نحن فيه مثلية كان أداء مثلها عند تلفها كرد عينها فى إلغاء ارتفاع القيم فاستقرار ارتفاع القيم إنما يحصل بتلف العين و المثل. فإن قلنا إن تعذر المثل يسقط المثل كما أن تلف العين يسقط العين توجه القول بضمان القيمة من زمان الغصب إلى زمان الإعواز و هو أصح الاحتمالات فى المسألة عند الشافعية على ما قيل. و إن قلنا إن تعذر المثل لا يسقط المثل و ليس كتلف العين كان ارتفاع القيمة فيما بعد تعذر المثل أيضا مضمونا فيتوجه ضمان القيمة من حين الغصب إلى حين دفع القيمة و هو المحكى عن الإيضاح و هو أوجه الاحتمالات على القول بضمان ارتفاع القيمة مراعى بعدم رد العين أو المثل. ثم اعلم أن العلامة ذكر فى عنوان هذه الاحتمالات أنه لو تلف المثلى و المثل موجود ثم أعوز ظاهره اختصاص هذه الاحتمالات بما إذا طرأ تعذر المثل بعد وجود المثل فى بعض أزمنة التلف لا ما تعذر فيه المثل ابتداء. و عن جامع المقاصد أنه يتعين حينئذ قيمة يوم التلف و لعله لعدم تنجز التكليف بالمثل عليه فى وقت من الأوقات و يمكن أن يخدش فيه بأن التمكن من المثل ليس بشرط لحدوثه فى الذمة ابتداء كما لا يشترط فى استقراره استدامة على ما اعترف به مع طرو التعذر بعد التلف و لذا لم يذكر أحد هذا التفصيل فى باب القرض. و بالجملة فاشتغال الذمة بالمثل إن قيد بالتمكن لزم الحكم بارتفاعه بطروء التعذر و إلا لزم الحكم بحدوثه مع التعذر من أول الأمر إلا أن يقال إن أدلة وجوب المثل ظاهرة فى صورة التمكن و إن لم يكن

مشروطا به عقلا فلا تعم صورة العجز. نعم إذا طرأ العجز فلا دليل على سقوط المثل و انقلابه قيميا- و قد يقال على المحقق المذكور إن اللازم مما ذكره أنه لو ظفر المالك بالمثل قبل أخذ القيمة

لم يكن له المطالبة و لا- أظن أحدا يلتزمه و فيه تأمل. ثم إن المحكى عن التذكرة أن المراد بإعواز المثل أن لا يوجد فى البلد و ما حوله و زاد فى المسالك قوله مما ينقل عادة منه إليه كما ذكروا فى الانقطاع المسلم فيه- . و عن جامع المقاصد الرجوع فيه إلى العرف و يمكن أن يقال- إن مقتضى عموم وجوب أداء مال الناس و تسليطهم على أموالهم أعيانا كانت أم فى الذمة وجوب تحصيل المثل كما كان يجب رد العين أينما كانت و لو كانت فى تحصيلها مئونة كثيرة و لذا كان يجب تحصيل المثل بأى ثمن كان و ليس هنا تحديد التكليف بما عن التذكرة نعم لو انعقد الإجماع على ثبوت القيمة عند الإعواز تعين ما عن جامع المقاصد- كما أن المجمعين إذا كانوا بين معبر بالإعواز و معبر بالتعذر كان المتيقن الرجوع إلى الأخص و هو المتعذر لأنه المجمع عليه. نعم ورد فى بعض أخبار السلم أنه إذا لم يقدر المسلم إليه- على إيفاء المسلم فيه تخير المشترى. و من المعلوم أن المراد بعدم القدرة ليس التعذر العقلى المتوقف على استحالة النقل من بلد آخر بل الظاهر منه عرفا ما عن التذكرة و هذا يستأنس به للحكم فيما نحن فيه ثم إن فى معرفة قيمة المثل مع فرض عدمه إشكالا من حيث إن العبرة بفرض وجوده و لو فى غاية العزة كالفاكهة فى أول زمانها أو آخره- أو وجود المتوسط الظاهر هو الأول لكن مع فرض وجوده بحيث يرغب فى بيعه و شرائه فلا عبرة بفرض وجوده عند من يستغنى عن بيعه بحيث لا يبيعه إلا إذا بذل له عوض لا يبذله الراغبون فى هذا الجنس بمقتضى رغبتهم. نعم لو ألجأ إلى شرائه لغرض آخر بذل ذلك كما لو فرض الجمد فى الصيف عند ملك العراق بحيث لا يعطيه إلا أن يبذله بإزاء عتاق الخيل و شبهها فإن الراغب فى الجمد فى العراق من حيث إنه راغب لا يبذل هذا العوض بإزائه و إنما يبذله من يحتاج إليه لغرض آخر كالإهداء إلى سلطان قادم إلى العراق مثلا أو معالجة مشرف على الهلاك و نحو ذلك من الأغراض و لذا لو وجد

المكاسب، ج۲، ص ۱۰۹

هذا الفرد من المثل لم يقدح فى صدق التعذر كما ذكرنا فى المسألة الخامسة. فكل موجود لا يقدح وجوده فى صدق التعذر فلا عبرة بفرض وجوده فى التقويم عند عدمه ثم إنك قد عرفت أن للمالك مطالبة الضامن بالمثل عند تمكنه و لو كان فى غير بلد الضمان و كانت قيمة المثل هناك أزيد و أما مع تعذره و كون قيمة المثل فى بلد التلف مخالفا لها فى بلد المطالبة فهل له المطالبة بأعلى القيمتين أم يتعين قيمة بلد المطالبة أم بلد التلف وجوه. و فصل الشيخ فى المبسوط فى باب الغصب بأنه إن لم يكن فى نقله مئونة فإن كالنقدين فله المطالبة بالمثل سواء أ كانت القيمتان مختلفتين أم لا- و إن كان فى نقله مئونة فإن كانت القيمتان متساويتين كان له المطالبة أيضا لأنه لا ضرر عليه فى ذلك و إلا فالحكم أن يأخذ قيمة بلد التلف أو يصبر حتى يوفيه بذلك البلد ثم قال إن الكلام فى القرض كالكلام فى الغصب و حكى نحو هذا عن القاضى أيضا فتدبر. و يمكن أن يقال إن الحكم باعتبار بلد القرض أو السلم على القول به مع الإطلاق لانصراف العقد إليه و ليس فى باب الضمان ما يوجب هذا الانصراف- . بقى الكلام فى أنه هل يعد من تعذر المثل خروجه عن القيمة كالماء على الشاطئ إذا تلفه فى مفازة و الجمد فى الشتاء إذا أتلفه فى الصيف أم لا الأقوى بل المتعين هو الأول بل حكى عن بعض نسبته إلى الأصحاب و غيرهم. و المصرح به فى محكى التذكرة و الإيضاح و الدروس قيمة المثل فى تلك المفازة و يحتمل آخر مكان أو زمان سقط المثل فيه عن المالية.

فرع – لو دفع القيمة فى المثلى المتعذر مثله ثم تمكن من المثل

فالظاهر عدم عود المثل فى ذمته وفاقا للعلامة رحمه الله- و من تأخر عنه ممن تعرض للمسألة لأن المثل كان دينا فى الذمة سقط بأداء عوضه مع التراضى فلا يعود كما لو تراضيا بعوضه مع وجوده هذا على المختار من عدم سقوط المثل عن الذمة بالإعواز و أما على

القول بسقوطه و انقلابه قیمیا. فإن قلنا بأن المغصوب انقلب قیمیا عند تعذر مثله- فأولی بالسقوط لأن المدفوع نفس ما فی الذمة. و إن قلنا إن المثل بتعذره النازل منزلة التلف صار قیمیا احتمل وجوب المثل عند وجوده لأن القیمة حینئذ بدل الحیلولة عن المثل و سیأتی أن حکمه عود المبدل عند انتفاء الحیلولة.

السابع – لو کان التالف المبیع فاسدا قیمیا

اشارة

فقد حکی الاتفاق علی کونه مضمونا بالقیمة و تدل علیه الأخبار المتفرقة فی کثیر من القیمیات فلا حاجة إلی التمسک بصحیحة أبی ولاد الآتیة فی ضمان البغل و لا بقوله ع: من أعتق شقصا من عبد قوم علیه بل الأخبار کثیرة بل قد عرفت أن مقتضی إطلاق أدلة الضمان فی القیمیات هو ذلک بحسب المتعارف إلا أن المتیقن من هذا المتعارف ما کان المثل فیه متعذرا بل یمکن دعوی انصراف الإطلاقات الواردة فی خصوص بعض القیمیات کالبغل و العبد و نحوهما لصورة تعذر المثل کما هو الغالب- فالمرجع فی وجوب القیمة فی القیمی و إن فرض تیسر المثل له کما فی من أتلف عبدا من شخص باعه عبدا موصوفا بصفات ذلک العبد بعینه و کما لو أتلف علیه ذراعا من مائه ذراع کرباس منسوج علی طریقة واحدة لا تفاوت فی أجزائه أصلا هو الإجماع کما یستظهر. و علی تقدیره ففی شموله لصورة تیسر المثل من جمیع الجهات تأمل خصوصا مع الاستدلال علیه کما فی الخلاف و غیره بقوله تعالی فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدی عَلَیْکُمْ بناء علی أن القیمة مماثلة للتالف فی المالیة فإن ظاهر ذلک جعلها- من باب الأقرب إلی التالف بعد تعذر المثل و کیف کان فقد حکی الخلاف فی ذلک عن الإسکافی. و عن الشیخ و المحقق فی الخلاف و الشرائع فی باب القرض فإن أرادوا ذلک مطلقا حتی مع تعذر المثل فتکون القیمة عندهم بدلا عن المثل حتی یترتب علیه وجوب قیمة یوم دفعها کما ذکروا ذلک احتمالا فی مسألة تعین القیمة متفرعا علی هذا القول فترده إطلاقات الروایات الکثیرة فی موارد کثیرة منها صحیحة أبی ولاد الآتیة. و منها روایة العبد. و منها ما دل علی أنه إذا تلف الرهن بتفریط المرتهن سقط من ذمته بحساب ذلک فلو لا ضمان التالف بالقیمة لم یکن وجه لسقوط الدین بمجرد ضمان التالف. و منها غیر ذلک من الأخبار الکثیرة. و إن أرادوا أنه مع تیسر المثل یجب المثل لم یکن بعیدا نظرا إلی ظاهر آیة الاعتداء و نفی الضرر لأن خصوصیات الحقائق قد تقصد اللهم إلا أن یحقق إجماع علی خلافه و لو من جهة أن ظاهر کلمات هؤلاء إطلاق القول بضمان المثل فیکون الفصل بین التیسر و عدمه قولا ثالثا فی المسألة ثم إنهم اختلفوا فی تعین القیمة فی المقبوض بالبیع الفاسد. فالمحکی فی غایة المراد عن الشیخین و أتباعهما تعین قیمة یوم التلف و عن الدروس و الروضة نسبته إلی الأکثر. و الوجه فیه علی ما نبه علیه جماعة منهم العلامة فی التحریر أن الانتقال إلی البدل إنما هو یوم التلف إذ الواجب قبله هو رد العین و ربما یورد علیه- أن یوم التلف یوم الانتقال إلی القیمة أما کون المنتقل إلیها قیمة یوم التلف فلا و یدفع بأن معنی ضمان العین عند قبضه کونه فی عهدته و معنی ذلک وجوب تدارکه ببدله عند التلف حتی یکون عند التلف کأنه لم یتلف- و تدارکه ببدله علی هذا النحو بالتزام مال معادل له قائم مقامه. و مما ذکرنا ظهر أن الأصل فی ضمان التالف ضمانه بقیمته یوم التلف فإن خرج المغصوب من ذلک مثلا فبدلیل خارج. نعم لو تم ما تقدم عن الحلی فی هذا المقام من دعوی الاتفاق علی کون المبیع فاسدا بمنزلة المغصوب إلا فی ارتفاع الإثم ألحقناه بالمغصوب إن ثبت فیه حکم مخالف لهذا الأصل بل یمکن أن یقال إذا ثبت فی المغصوب الاعتبار بقیمة یوم الغصب کما هو ظاهر صحیحة أبی ولاد الآتیة کشف ذلک عن عدم اقتضاء إطلاقات الضمان لاعتبار قیمة یوم التلف إذ یلزم حینئذ أن یکون المغصوب عند کون قیمته یوم التلف أضعاف ما کانت یوم الغصب غیر واجب التدارک عند التلف لما ذکرنا من أن معنی التدارک الالتزام بقیمته یوم وجوب التدارک. نعم لو فرضت دلالة الصحیحة علی وجوب

أعلى القيم أمكن جعل التزام الغاصب بالزائد على مقتضى التدارك مؤاخذة له بأشق الأحوال.

فالمهم حينئذ صرف الكلام إلى معنى الصحيحة بعد ذكرها

ليلحق به البيع الفاسد إما لما ادعاه الحلي- و إما لكشف الصحيحة عن معنى التدارك و الغرامة في المضمونات. و كون العبرة في جميعها بيوم الضمان كما هو أحد الأقوال فيما نحن فيه من البيع الفاسد

المكاسب، ج۲، ص ۱۱۰

و حيث إن الصحيحة مشتملة على أحكام كثيرة و فوائد خطيرة فلا بأس بذكرها جميعا- و إن كان الغرض متعلقا ببعضها. فروى الشيخ في الصحيح عن ابن محبوب عن أبي ولاد قال: اكتريت بغلا إلى قصر بني هبيرة- ذاهبا و جائيا بكذا و كذا و خرجت في طلب غريم لي فلما صرت إلى قرب قنطرة الكوفة خبرت أن صاحبي توجه نحو النيل فتوجهت نحو النيل فلما أتيت النيل خبرت أنه توجه إلى بغداد فاتبعته فظفرت به و فرغت فيما بيني و بينه و رجعت إلى الكوفة و كان ذهابي و مجيء خمسة عشر يوما فأخبرت صاحب البغل بعذري و أردت أن أتحلل منه فيما صنعت و أرضيه فبذلت له خمسة عشر درهما فأبى أن يقبل فتراضينا بأبي حنيفة و أخبرته بالقصة و أخبره الرجل فقال لي ما صنعت بالبغل فقلت قد رجعته سليما قال نعم بعد خمسة عشر يوما قال فما تريد من الرجل قال أريد كرى بغلي فقد حبسه على خمسة عشر يوما فقال إني ما أرى لك حقا لأنه اكتراه إلى قصر بني هبيرة فخالف فركبه إلى النيل و إلى بغداد فضمن قيمة البغل و سقط الكرى فلما رد البغل سليما و قبضته لم يلزمه الكرى قال فخرجنا من عنده و جعل صاحب البغل يسترجع فرحمت مما أفتى به أبو حنيفة و أعطيته شيئا و تحللت منه و حججت تلك السنة فأخبرت أبا عبد الله ع بما أفتى به أبو حنيفة فقال في مثل هذا القضاء و شبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الأرض بركاتها [قال فقلت لأبي عبد الله ع فما ترى أنت جعلت فداك قال ع أرى له عليك مثل كرى البغل ذاهبا من الكوفة إلى النيل [و مثل كرى البغل ذاهبا من النيل إلى بغداد و مثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفة و توفيه إياه قال قلت جعلت فداك قد علفته بدراهم فلي عليه علفه قال لا لأنك غاصب فقلت أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمني- قال نعم قيمة بغل يوم خالفته قلت فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر فقال عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده عليه قلت فمن يعرف ذلك قال أنت و هو إما يحلف هو على القيمة فيلزمك فإن رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل حين اكترى كذا و كذا فيلزمك قلت إني أعطيته دراهم و رضي بها و حللني قال إنما رضي فأحلك حين قضى عليه أبو حنيفة بالجور و الظلم و لكن ارجع إليه و أخبره بما أفتيتك به فإن جعلك في حل بعد معرفته فلا شيء عليك بعد ذلك إلخ و محل الاستشهاد فيها فقرتان الأولى قوله نعم قيمة بغل يوم خالفته إلى ما بعد فإن الظاهر أن اليوم قيد للقيمة إما بإضافة القيمة المضافة إلى البغل إليه- ثانيا يعني قيمة يوم المخالفة للبغل فيكون إسقاط حرف التعريف من البغل للإضافة لا لأن ذا القيمة بغل غير معين حتى توهم الرواية مذهب من جعل القيمي مضمونا بالمثل و القيمة إنما هي قيمة المثل و إما بجعل اليوم قيدا للاختصاص- الحاصل من إضافة القيمة إلى البغل و أما ما احتمله جماعة من تعلق الظرف بقوله ع نعم القائم مقام قوله ع يلزمك يعني يلزمك يوم المخالفة قيمة بغل فبعيد جدا بل غير ممكن لأن السائل إنما سأل عما يلزمه بعد التلف بسبب المخالفة بعد العلم بكون زمان المخالفة زمان حدوث الضمان كما يدل عليه أ رأيت لو عطب البغل أو نفق أ ليس كان يلزمني فقوله نعم يعني يلزمك بعد التلف بسبب المخالفة قيمة بغل يوم خالفته. و قد أطنب بعض في جعل الفقرة ظاهرة في تعلق الظرف بلزوم القيمة عليه و لم يأت بشيء يساعده التركيب اللغوي و لا التفاهم العرفي. الثانية قوله أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكترى كذا و كذا فإن إثبات قيمة يوم الاكتراء من حيث هو يوم الاكتراء لا جدوى فيه لعدم الاعتبار به فلا بد أن يكون الغرض منه إثبات قيمة يوم المخالفة بناء على أنه يوم الاكتراء لأن الظاهر من صدر الرواية- أنه خالف المالك بمجرد خروجه من

الكوفة و من المعلوم أن اكتراء البغل لمثل تلك المسافة القليلة إنما يكون يوم الخروج أو فى عصر اليوم السابق و معلوم أيضا عدم اختلاف القيمة فى هذه المدة القليلة. و أما قوله ع فى جواب السؤال عن إصابة العيب عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده فالظرف متعلق بعليك لا قيد للقيمة إذ لا عبرة

فى أرش العيب بيوم الرد إجماعا- لأن النقص الحادث تابع فى تعيين يوم قيمته لأصل العين فالمعنى عليك أداء الأرش يوم رد البغلة و يحتمل أن يكون قيدا للعيب. و المراد العيب الموجود فى يوم الرد لاحتمال ازدياد العيب إلى يوم الرد فهو مضمون دون العيب القليل الحادث أولا لكن يحتمل أن يكون العيب قد تناقص إلى يوم الرد و العبرة حينئذ بالعيب الموجود حال حدوثه لأن المعيب لو رد إلى الصحة أو نقص- لم يسقط ضمان ما حدث منه و ارتفع على مقتضى الفتوى- فهذا الاحتمال من هذه الجهة ضعيف أيضا فتعين تعلقه بقوله ع عليك- . و المراد بقيمة ما بين الصحة و العيب قيمة التفاوت بين الصحة و العيب و لا تعرض فى الرواية ليوم هذه القيمة فيحتمل الغصب و يحتمل يوم حدوث العيب- الذى هو يوم تلف وصف الصحة الذى هو بمنزلة جزء العين فى باب الضمانات و المعاوضات و حيث عرفت ظهور الفقرة السابقة عليه و اللاحقة له فى اعتبار يوم الغصب تعين حمل هذا أيضا على ذلك. نعم يمكن أن يوهن ما استظهرناه من الصحيحة بأنه لا يبعد أن يكون مبنى الحكم فى الرواية على ما هو الغالب فى مثل مورد الرواية من عدم اختلاف قيمة البغل فى مدة خمسة عشر يوما و يكون السر فى التعبير بيوم المخالفة دفع ما ربما يتوهمه أمثال صاحب البغل من العوام أن العبرة بقيمة ما اشترى به البغل و إن نقص بعد ذلك لأنه خسر المبلغ الذى اشترى به البغلة.

و يؤيده التعبير عن يوم المخالفة فى ذيل الرواية بيوم الاكتراء فإن فيه إشعارا بعدم عناية المتكلم بيوم المخالفة من حيث إنه يوم المخالفة إلا أن يقال إن الوجه فى التعبير بيوم الاكتراء مع كون المناط يوم المخالفة هو التنبيه على سهولة إقامة الشهود على قيمته فى زمان الاكتراء لكون البغل فيه غالبا بمشهد من الناس- و جماعة من المكارين بخلاف زمان المخالفة من حيث إنه زمان المخالفة فتغيير التعبير ليس لعدم العبرة بزمان المخالفة بل للتنبيه على سهولة معرفة القيمة بالبينة كاليمين- فى مقابل قول السائل و من يعرف ذلك فتأمل. و يؤيده أيضا قوله ع فيما بعد فى جواب قول السائل و من يعرف ذلك قال أنت و هو إما أن يحلف هو على القيمة فيلزمك فإن رد اليمين عليك فحلفت له لزمه أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمة البغل يوم اكترى كذا و كذا فيلزمك

المكاسب، ج۲، ص ۱۱۱

فإن العبرة لو كانت بخصوص يوم المخالفة لم يكن وجه لكون القول قول المالك- مع كونه مخالفا للأصل ثم لا وجه لقبول بينته لأن من كان القول قوله فالبينة بينة صاحبه. و حمل الحلف هنا على الحلف المتعارف الذى يرضى به المحلوف له و يصدقه فيه من دون محاكمة و التعبير برده اليمين على الغاصب من جهة أن المالك أعرف بقيمة بغله فكان الحلف حقا له ابتداء خلاف الظاهر و هذا بخلاف ما لو اعتبرنا يوم التلف- فإنه يمكن أن يحمل توجه اليمين على المالك على ما إذا اختلفا فى تنزل القيمة يوم التلف مع اتفاقهما أو الاطلاع من الخارج على قيمته سابقا و لا شك حينئذ أن القول قول المالك و يكون سماع البينة فى صورة اختلافهما فى قيمة البغل سابقا- مع اتفاقهما على بقائه عليها إلى يوم التلف و فتكون الرواية قد تكلفت لحكم صورتين من صور تنازعهما. و يبقى بعض الصور مثل دعوى المالك زيادة قيمة يوم التلف عن يوم المخالفة و لعل حكمها أعنى حلف الغاصب- يعلم من حكم عكسها المذكور فى الرواية و أما على تقدير كون العبرة فى القيمة بيوم المخالفة فلا بد من حمل الرواية على ما إذا اتفقا على قيمة اليوم السابق على يوم المخالفة أو اللاحق له فادعى الغاصب نقصانه عن تلك يوم المخالفة و لا يخفى بعده و أبعد منه حمل النص على التعبد و جعل الحكم مخصوصا فى الدابة المغصوبة أو مطلقا مخالفا للقاعدة المتفق عليها نصا و فتوى من كون البينة على المدَّعى و اليمين على من أنكر كما حكى عن الشيخ فى بابى الإجارة و الغصب- و أضعف من ذلك الاستشهاد بالرواية على اعتبار أعلى القيم من حين الغصب إلى التلف كما حكى عن الشهيد الثانى إذ لم يعلم لذلك وجه صحيح و لم أظفر بمن وجه دلالتها على هذا المطلب. نعم استدلوا على هذا القول بأن العين مضمونة فى جميع تلك الأزمنة التى منها زمان ارتفاع قيمته و فيه أن ضمانها فى تلك

الحال إن أريـد به وجوب قيمـهٔ ذلک الزمان لو تلف فيه مسلم إذ تـدارکه لا يکون إلا بـذلک لکن المفروض أنها لم تلف فيه و إن أريـد به استقرار قيمهٔ ذلک الزمان عليه فعلا و إن تنزلت بعد ذلک فهو مخالف لما تسالموا عليه من عدم ضـمان ارتفاع القيمهٔ مع رد العين و إن أريد استقرارها عليه بمجرد الارتفاع مراعى بالتلف فهو و إن لم يخالف الاتفاق إلا أنه مخالف لأصالهٔ البراءهٔ من غير دليل شاغل عـدا ما حکاه في الرياض عن خاله العلامـهٔ قـدس الله تعالى روحهما من قاعدهٔ نفي الضـرر الحاصل على المالک و فيه نظر کما اعترف به بعض من تأخر. نعم يمکن توجيه الاسـتدلال المتقدم من کون العين مضـمونهٔ في جميع الأزمنهٔ بأن العين إذا ارتفعت قيمتها في زمان و صارت ماليتها مقومـهٔ بتلک القيمـهٔ فکما أنه إذا تلفت حينئذ يجب تدارکها بتلک القيمهٔ فکذا إذا حيل بينها و بين المالک حـتى تلفت إذ لا ـ فرق مع عـدم التمکن منهـا بين إن تتلف أو تبقى نعم لو ردت فتتـدارک تلـک الماليـهٔ بنفس العين و ارتفـاع القيمهٔ السوقيهٔ أمر اعتباري لا يضـمن بنفسه لعدم کونه مالا و إنما هو مقوم لماليهٔ المال و به تمايز الأموال کثرهٔ و قلهٔ. و الحاصل أن للعين في کـل زمـان من أزمنـهٔ تفـاوت قيمته مرتبـهٔ من الماليـهٔ أزيلت يـد المالـک منهـا و انقطعت سـلطنته عنهـا فإن ردت العين فلا مال سواها يضـمن- و إن تلفت اسـتقرت عليا تلک المراتب لـدخول الأدنى تحت الأعلى- نظير ما لو فرض للعين منافع متفاوتـهٔ متضادهٔ حيث إنه يضمن الأعلى منها- و لأجل ذلک استدل العلامهٔ في التحرير- للقول باعتبار يوم الغصب بقوله لأنه زمان إزالهٔ يد المالک. و نقول في توضـيحه إن کل زمان من أزمنـهٔ الغصب قـد أزيلت فيه يـد المالک من العين على حسب ماليته- ففي زمان أزيلت من مقدار درهم و في آخر عن درهمين و في ثالث عن ثلاثـهٔ فإذا اسـتمرت الإزالـهٔ إلى زمان التلف وجبت غرامـهٔ أکثرها فتأمل. و اسـتدل في السـرائر و غيرهـا على هـذا القول- بأصالـهٔ الاشـتغال ذمته بحق المالـک و لا ـ تحصل البراءهٔ إلا بالأعلى و قـد يجاب بأن الأصل في المقام البراءهٔ حيث إن الشک في التکليف بالزائـد. نعم لا بأس بالتمسک باستصـحاب الضـمان المسـتفاد من حديث اليد ثم إنه حکى عن المفيد و القاضـي و الحلبي الاعتبـار بيوم البيع فيما کان فساده من جهـهٔ التفويض إلى حکم المشتري و لم يعلم له وجه و لعلهم يريـدون به يوم القبض لغلبهٔ اتحاد زمان البيع و القبض فافهم ثم إنه

لا عبرهٔ بزيادهٔ القيمهٔ بعد التلف على جميع الأقوال إلا أنه تردد فيه في الشـرائع و لعله کما قيل- من جهـهٔ احتمال کون القيمي مضـمونا بمثله و دفع القيمـهٔ إنما هو لإسـقاط المثل- . و قـد تقـدم أنه مخالف لإطلاق النصوص و الفتاوي ثم إن ما ذکرنا من الخلاف إنما هو في ارتفاع القيمـهٔ بحسب الأزمنهٔ و أما إذا کان بسبب الأمکنهٔ کما إذا کان في محل الضـمان بعشـرهٔ و في مکان التلف بعشـرين و في مکـان المطالبـهٔ بثلاـثين فالظـاهر اعتبار محل التلف لأن ماليـهٔ الشـيء تختلف بحسب الأماکن و تـدارکه بحسب ماليته ثم إن جميع ما ذکرنا من الخلاف- إنما هو في ارتفاع القيمهٔ السوقيهٔ الناشـئهٔ من تفاوت رغبهٔ الناس و أما إذا کان حاصـلا من زيادهٔ في العين فالظاهر کمـا قيل عـدم الخلاف في ضـمان أعلى القيم و في الحقيقـهٔ ليست قيم التالف مختلفـهٔ و إنما زيادتها في بعض أوقات الضـمان لأجل الزيادهٔ العينيهٔ الحاصلهٔ فيه- النازلهٔ منزلهٔ الجزء الفائت. نعم يجري الخلاف المتقدم في قيمهٔ هذه الزيادهٔ الفائتهٔ فإن العبرهٔ بيوم فواتها أو يوم ضـمانها أو أعلى القيم ثم إن في حکم تلف العين في جميع ما ذکر من ضـمان المثل أو القيمـهٔ حکم تعذر الوصول إليها و إن لم تهلک کما لو سرقت أو غرقت أو ضاعت أو أبقت لما دل على الضمان بهذه الأمور في باب الأمانات المضمونهٔ. و هل يقيد ذلک بما إذا حصل اليأس من الوصول إليه- أو بعـدم رجاء وجدانه أو يشـمل ما لو علم وجدانه في مدهٔ طويلهٔ يتضـرر المالک من انتظارها أو و لو کـانت قصـيرهٔ وجوه- . ظـاهر أدلـهٔ مـا ذکر من الأـمور الاختصـاص بأحـد الأولين- لکن ظاهر إطلاق الفتاوي الأخير کما يظهر من إطلاـقهم أن اللوح المغصوب في السـفينهٔ إذا خيف من نزعه غرق مال لغير الغاصب انتقل إلى قيمته إلى أن تبلغ الساحل. و يؤيـده أن فيه جمعا بين

المکاسب، ج۲، ص ۱۱۲

الحقين بعـد فرض رجوع القيمـهٔ إلى ملـک الضامن عنـد التمکن من العين فإن تسـلط الناس على مالهم الـذي فرض کونه في عهـدته يقتضـي جواز مطالبـهٔ الخروج عن عهـدته عند تعذر نفسه نظير ما تقدم في تسـلطه على مطالبهٔ القيمهٔ للمثل المتعذر في المثلي. نعم لو

كان زمان التعـذر قصـيرا جـدا بحيث لا يحصل صدق عنوان الغرامهٔ و التدارک على أداء القيمهٔ أشـكل الحكم- ثم الظاهر عدم اعتبار التعـذر المسـقط للتكليف- بل لو كان ممكنا بحيث يجب عليه السـعى فى مقـدماته لم تسـقط القيمـهٔ زمان السـعى لكن ظاهر كلمات بعضهم التعبير بالتعذر- و هو الأوفق بأصالهٔ عدم تسلط المالک على أزيد من إلزامه برد العين فتأمل و لعل المراد به التعذر فى الحال و إن كان لتوقفه على مقـدمات زمانيـهٔ يتأخر لأجلها ذو المقدمهٔ ثم إن ثبوت القيمهٔ مع تعذر العين ليس كثبوتها مع تلفها فى كون دفعها حقا للضامن فلا يجوز للمالک الامتناع بل له أن يمتنع من أخـذها و يصبر إلى زوال العـذر كما صـرح به الشـيخ فى المبسوط. و يـدل عليه قاعـدهٔ تسـلط الناس على أموالهم و كما أن تعـذر رد العين فى حكم التلف فكذا خروجه عن التقويم ثم إن المال المبذول يملكه المالـک بلاـ خلاف كما فى المبسوط و الخلاف و الغنيـهٔ و السـرائر و ظاهرهم إرادهٔ نفى الخلاف بين المسـلمين. و لعل الوجه فيه أن التـدارک لاـ يتحقق إلاـ بـذلک- و لو لا ظهور الإجماع و أدلـهٔ الغرامـهٔ فى الملكيـهٔ لاحتملنا أن يكون مباحا له إباحـهٔ مطلقـهٔ و إن لم يـدخل فى ملكه نظير الإباحـهٔ المطلقهٔ فى المعاطاهٔ على القول بها فيها و يكون دخوله فى ملكه مشـروطا بتلف العين- . و حكى الجزم بهـذا الاحتمال عن المحقق القمى رحمه الله فى أجوبهٔ مسائله و على أى حال فلا تنتقل العين إلى الضامن فهى غرامهٔ لا تلازم فيها بين خروج المبـذول عن ملكه و دخول العين فى ملكه و ليست معاوضـهٔ ليلزم الجمع بين العوض و المعوض فالمبـذول هنـا كالمبـذول مع تلف العين فى عدم البدل له. و قد استشـكل فى ذلک المحقق و الشـهيد الثانيان قال الأول فى محكى جامعه إن هنا إشكالا فإنه كيف تجب القيمـهٔ و يملكهـا الآخـذ و تبقى العين على ملكه و جعلها فى مقابلـهٔ الحيلولـهٔ لا يكاد يتضـح معناه انتهى و قال الثانى إن هـذا لا يخلو عن إشـكال من حيث اجتماع العوض و المعوض على ملک المالک من دون دليل واضح- و لو قيل بحصول الملک لكل منهما متزلزلا و توقف تملک المغصوب منه للبـدل على اليأس من العين و إن جاز له التصـرف كان وجها فى المسألـهٔ انتهى و استحسـنه فى محكى الكفايهٔ

[الكلام فى بدل الحيلولهٔ]

أقول الذى ينبغى أن يقال هنا إن معنى ضـمان العين ذهابها من مال الضامن و لازم ذلک إقامهٔ مقابلها من ماله مقامها- ليصدق ذهابها من كيسه ثم إن الـذهاب إن كان على وجه التلف الحقيقى أو العرفى المخرج للعين عن قابليـهٔ الملكيهٔ عرفا وجب قيام مقابلها من ماله مقامهـا فى الملكيـهٔ و إن كـان الـذهاب بمعنى انقطـاع سـلطنته عنهـا و فوات الانتفـاع به فى الوجوه التى بها قوام الملكيـهٔ- وجب قيام مقابلهـا مقامها فى السـلطنهٔ لا فى الملكيـهٔ ليكون مقابل و تـداركا للسـلطنهٔ الفائتـهٔ- فالتـدارک لا يقتضـى ملكيـهٔ المتـدارک فى هـذه الصورهٔ- . نعم لما كانت السـلطنهٔ المطلقـهٔ المتداركـهٔ للسـلطنهٔ الفائتـهٔ متوقفـهٔ على الملک لتوقف بعض التصـرفات عليه وجب تملكه للمبـذول تحقيقـا لمعنى التـدارک و الخروج عـن العهـدهٔ و على أى تقـدير فلاـ ينبغى الإشـكال فى بقـاء العيـن المضـمونهٔ على ملک مالكهـا- إنمـا الكلام فى البـدل المبـذول و لا كلام أيضا فى وجوب الحكم بالإباحـهٔ- و بالسـلطنهٔ المطلقـهٔ عليها و بعـد ذلک فيرجع محصـل الكلاـم حينئـذ إلى أن إباحـهٔ جميع التصـرفات حتى المتوقفـهٔ على الملـک هل تسـتلزم الملک من حين الإباحـهٔ أو يكفى فيه حصوله من حين التصـرف و قـد تقدم فى المعاطاهٔ بيان ذلک ثم إنه قد تحصل مما ذكرنا أن تحقيق ملكيهٔ البدل- أو السـلطنهٔ المطلقهٔ عليه مع بقاء العين على ملک مالكها إنما هو مع فوات معظم الانتفاعات به بحيث يعـد بـذل البـدل غرامهٔ و تداركا- أما لو لم يفت إلا بعض ما ليس به قوام الملكيهٔ فالتدارک لا يقتضى ملكه و لا السلطنهٔ المطلقهٔ على البدل. و لو فرض حكم الشارع بوجوب غرامهٔ قيمته حينئـذ- لم يبعـد انكشاف ذلک عن انتقال العين إلى الغارم و لـذا اسـتظهر غير واحد أن الغارم لقيمهٔ الحيوان الذى وطئه يملكه لأنه و إن وجب بالوطء نفيه عن البلـد و بيعه فى بلـد آخر لكن هـذا لا يعد فواتا لما به قوام الماليهٔ هذا كله مع انقطاع السـلطنهٔ مع بقائها على مقـدار ماليتها السابقـهٔ أما لو خرجت عن التقويم مع بقائها على صـفهٔ الملكيهٔ- . فمقتضـى قاعدهٔ الضـمان وجوب كمال القيمهٔ مع بقاء العين على ملـک المالـک به لأـن القيمـهٔ عوض الأوصاف أو الأجزاء التى خرجت العين لفواتها عن التقويم لا عوض عن العين نفسـها

كما فى الرطوبة الباقية بعد الوضوء بالماء المغصوب فإن بقاءها على ملك مالكها لا ينافى معنى الغرامة لفوات معظم الانتفاعات به فيقوى عدم جواز المسح بها إلا بإذن المالك و لو ببذل القيمة. قال فى القواعد فيما لو خاط ثوبه بخيوط مغصوبة و لو طلب المالك نزعها و إن أفضى إلى التلف وجب ثم يضمن الغاصب النقص و لو لم تبق لها قيمة غرم جميع القيمة انتهى و عطف على ذلك فى محكى جامع المقاصد قوله و لا يوجب ذلك خروجها عن ملك المالك كما سبق من أن جناية الغاصب توجب أكثر الأمرين و لو استوعبت القيمة أخذها و لم تدفع العين انتهى و عن المسالك فى هذه المسألة أنه إن لم يبق له قيمة ضمن جميع القيمة و لا يخرج بذلك عن ملك مالكه كما سبق فيجمع بين العين و القيمة لكن عن مجمع البرهان فى هذه المسألة اختيار عدم وجوب النزع بل قال يمكن أن لا يجوز و تتعين القيمة لكونه بمنزلة التلف- و حينئذ يمكن جواز الصلاة فى هذا الثوب المخيط إذ لا غصب فيه يجب رده كما قيل بجواز المسح- بالرطوبة الباقية من الماء المغصوب الذى حصل العلم به بعد إكمال الغسل و قبل المسح انتهى. و استجوده بعض المعاصرين- ترجيحا لاقتضاء ملك المالك للقيمة خروج المضمون عن ملكه لصيرورته معوضا شرعا و فيه أنه لا منشأ لهذا الاقتضاء و أدلة الضمان قد عرفت أن

المكاسب، ج۲، ص ۱۱۳

محصلها يرجع إلى وجوب تدارك ما ذهب من المالك سواء أ كان الذاهب نفس العين كما فى التلف الحقيقى أو كان الذاهب السلطنة عليها التى بها قوام ماليتها كغرق المال أو كان الذاهب الأجزاء أو الأوصاف التى يخرج بذهابها العين عن التقويم مع بقاء ملكيتها و لا يخفى أن العين على التقدير الأول- خارجة عن الملكية عرفا. و على الثانى السلطنة المطلقة على البدل بدل عن السلطنة المنقطعة عن العين و هذا معنى بدل الحيلولة. و على الثالث فالمبذول عوض عما خرج المال بذهابه عن التقويم لا عن نفس العين فالمضمون فى الحقيقة هى تلك الأوصاف التى تقابل بجميع القيمة لا نفس العين الباقية كيف و لم تتلف هى و ليس لها على تقدير التلف أيضا عهدة مالية- بل الأمر بردها مجرد تكليف لا يقابل بالمال- بل لو استلزم ردها ضررا ماليا على الغاصب أمكن سقوطه فتأمل. و لعل ما عن المسالك من أن ظاهرهم عدم وجوب إخراج الخيط المغصوب عن الثوب بعد خروجه عن القيمة بالإخراج فتتعين القيمة فقط محمول على صورة تضرر المالك بفساد الثوب المخيط أو البناء الداخلة فيه الخشبة كما لا يأبى عنه عنوان المسألة فلاحظ و حينئذ فلا ينافى ما تقدم سابقا من بقاء الخيط على ملك مالكه و إن وجب بذل قيمته ثم إن هنا قسما رابعا و هو ما لو خرج المضمون عن الملكية مع بقاء حق الأولوية فيه كما لو صار الخل المغصوب خمرا. فاستشكل فى القواعد وجوب ردها مع القيمة و لعله من استصحاب وجوب ردها و من أن الموضوع فى المستصحب ملك المالك إذ لم يجب إلا رده و لم يكن المالك إلا أولى به إلا أن يقال إن الموضوع فى الاستصحاب عرفى و لذا كان الوجوب مذهب جماعة منهم الشهيدان و المحقق الثانى و يؤيده أنه لو عادت خلا ردت إلى المالك بلا خلاف ظاهر ثم إن مقتضى صدق الغرامة على المدفوع خروج الغارم عن عهدة العين و ضمانها فلا يضمن ارتفاع قيمة العين بعد الدفع سواء أ كان للسوق أم للزيادة المتصلة بل المنفصلة كالثمرة و لا يضمن منافعها فلا يطالب الغارم بالمنفعة بعد ذلك. و عن التذكرة و بعض آخر ضمان المنافع و قواه فى المبسوط بعد أن جعل الأقوى خلافه. و فى موضع من جامع المقاصد أنه موضع توقف- و فى موضع آخر رجح الوجوب- . ثم إن ظاهر عطف التعذر على التلف فى كلام بعضهم عند التعرض لضمان المغصوب بالمثل أو القيمة يقتضى عدم ضمان ارتفاع القيمة السوقية الحاصل بعد التعذر و قبل الدفع كالحاصل بعد التلف لكن مقتضى القاعدة ضمانه له لأنه مع التلف تتعين القيمة- و لذا ليس له الامتناع من أخذها بخلاف تعذر العين فإن القيمة غير متعينة فلو صبر المالك حتى يتمكن من العين كان له ذلك و تبقى العين فى عهدة الضامن فى هذه المدة فلو تلفت كان له قيمتها من حين التلف أو أعلى القيم إليه أو يوم الغصب على الخلاف. و الحاصل أن قبل دفع القيمة تكون العين الموجودة فى عهدة الضامن فلا عبرة بيوم التعذر و الحكم بكون يوم التعذر بمنزلة يوم التلف مع الحكم بضمان الأجرة و النماء إلى دفع البدل و إن تراخى عن التعذر مما لا يجتمعان ظاهرا فمقتضى القاعدة ضمان الارتفاع إلى يوم دفع البدل نظير دفع القيمة عن المثل المتعذر فى المثلى. ثم إنه لا إشكال

فی أنه إذا ارتفع تعذر رد العین و صار ممکنا وجب ردها علی مالکها کما صرح به فی جامع المقاصد فورا و إن کان فی إحضارها مئونة کما کان قبل التعذر لعموم: علی الید ما أخذت حتی تؤدی و دفع البدل لأجل الحیلولة إنما أفاد خروج الغاصب عن الضمان بمعنی أنه لو تلفت لم تکن علیه قیمتها بعد ذلک- و استلزم ذلک علی ما اخترناه من عدم ضمان المنافع و النماء المنفصل و المتصل بعد دفع الغرامة. و سقوط وجوب الرد حین التعذر للعذر العقلی فلا یجوز استصحابه- بل مقتضی الاستصحاب و العموم هو الضمان المدلول علیه المغیی فی قوله ص:

علی الید ما أخذت المغیی بقوله: حتی تؤدی و هل الغرامة المدفوعة یعود ملکها إلی الغارم بمجرد طرو التمکن فیضمن العین من یوم التمکن ضمانا جدیدا بمثله أو قیمته یوم حدوث الضمان أو یوم التلف أو أعلی القیم أو أنها باقیة علی ملک مالک العین و تکون العین مضمونة بها لا بشیء آخر فی ذمة الغاصب فلو تلفت استقر ملک المالک علی الغرامة فلم یحدث فی العین إلا حکم تکلیفی بوجوب رده. و أما الضمان و عهدة جدیدة فلا وجهان أظهرهما الثانی لاستصحاب کون العین مضمونة بالغرامة و عدم طرو ما یزیل ملکیته عن الغرامة أو یحدث ضمانا جدیدا و مجرد عود التمکن لا یوجب عود سلطنة المالک حتی یلزم من بقاء ملکیته علی الغرامة الجمع بین العوض و المعوض غایة ما فی الباب قدرة الغاصب علی إعادة السلطنة الفائتة المبدلة عنها بالغرامة و وجوبها علیه و حینئذ فإن دفع العین فلا إشکال فی زوال ملکیة المالک للغرامة. و توهم أن المدفوع کان بدلا عن القدر الفائت من السلطنة فی زمن التعذر فلا یعود لعدم عود مبدله ضعیف فی الغایة بل کان بدلا عن أصل السلطنة یعود بعودها فیجب دفعه أو دفع بدله مع تلفه- أو خروجه عن ملکه بناقل لازم بل جائز و لا یجب رد نمائه المنفصل و لو لم یدفعها لم یکن له مطالبة الغرامة أولا إذ ما لم تتحقق السلطنة لم یعد الملک إلی الغارم فإن الغرامة عوض عن السلطنة لا عوض عن قدرة الغاصب علی تحصیلها للمالک فتأمل. نعم للمالک مطالبة عین ماله- لعموم: الناس مسلطون علی أموالهم و لیس ما عنده من المال عوضا عن مطلق السلطنة- حتی سلطنة المطالبة بل سلطنة الانتفاع بها علی الوجه المقصود من الأملاک و لذا لا تباح لغیره بمجرد بذل الغرامة. و مما ذکرنا یظهر أیضا أنه لیس للغاصب حبس العین إلی أن یدفع المالک القیمة کما اختاره فی التذکرة و الإیضاح و جامع المقاصد. و عن السرائر الجزم بأن له ذلک- و لعله لأن القیمة عوض إما عن العین و إما عن السلطنة علیها و علی أی تقدیر فیتحقق التراد و حینئذ فلکل من صاحبی العوضین حبس ما بیده حتی یتسلم ما بید الآخر- . و فیه أن العین بنفسها لیست عوضا و لا معوضا و لذا تحقق للمالک الجمع بینها و بین الغرامة فالمالک مسلط علیها- و المعوض للغرامة هی السلطنة الفائتة التی هی فی معرض العود بالتراد اللهم إلا أن یقال له حبس العین من حیث تضمنه لحبس مبدل الغرامة و هی السلطنة الفائتة و الأقوی الأول- ثم لو قلنا

المکاسب، ج۲، ص ۱۱۴

بجواز الحبس- لو حبسها فتلفت العین محبوسة فالظاهر أنه لا یجری علیه حکم المغصوب لأنه حبسها بحق نعم یضمنها لأنه قبضها لمصلحة نفسه و الظاهر أنه بقیمة یوم التلف علی ما هو الأصل فی کل مضمون و من قال بضمان المقبوض بأعلی القیم یقول به هنا من زمان الحبس إلی زمان التلف. و ذکر العلامة فی القواعد أنه لو حبس فتلف محبوسا فالأقرب ضمان قیمته الآن و استرجاع القیمة الأولی و الظاهر أن مراده بقیمة الآن مقابل القیمة السابقة بناء علی زوال حکم الغصب عن العین لکونها محبوسة بغیر عدوان لا خصوص حین التلف و کلمات کثیر منهم لا تخلو عن اضطراب ثم إن أکثر ما ذکرناه مذکور فی کلماتهم فی باب الغصب و لکن الظاهر أن أکثرها بل جمیعها فی حکم المغصوب من حیث کونه مضمونا إذ لیس فی الغصب خصوصیة زائدة. نعم ربما یفرق من جهة نص فی المغصوب مخالف لقاعدة الضمان کما احتمل فی الحکم بوجوب قیمة یوم الضمان من جهة صحیحة أبی ولاد أو أعلی القیم علی ما تقدم من الشهید الثانی دعوی دلالة الصحیحة علیه و أما ما اشتهر من أن الغاصب مأخوذ بأشق الأحوال فلم نعرف له مأخذا واضحا. و لنختم بذلک أحکام المبیع بالبیع الفاسد و إن بقی منه أحکام أخر أکثر مما ذکرنا- و لعل بعضها یجیء فی بیع الفضولی إن شاء الله تعالی

الكلام فی شروط المتعاقدین

[من جملة شرائط المتعاقدین البلوغ]

مسألة المشهور کما عن الدروس و الکفایة بطلان عقد الصبی

اشارة

بل عن الغنیة الإجماع علیه و إن أجاز الولی. و فی کنز العرفان نسبه عدم صحة عقد الصبی إلی أصحابنا و ظاهرها إرادة التعمیم لصورة إذن الولی. و عن التذکرة أن الصغیر محجور علیه بالنص و الإجماع سواء أ کان ممیزا أم لا فی جمیع التصرفات إلا ما استثنی کعباداته و إسلامه و إحرامه و تدبیره و وصیته و إیصال الهدیة و إذنه فی الدخول علی خلاف فی ذلک انتهی. و استثناء إیصال الهدیة و إذنه فی دخول الدار یکشف بفحواه عن شمول المستثنی منه لمطلق أفعاله لأن الإیصال و الإذن لیسا من التصرفات القولیة و الفعلیة و إنما هو فی الأول آلة فی إیصال الملک کما لو حملها علی حیوان و إرسالها و الثانی کاشف عن موضوع تعلق علیه إباحة الدخول و هو رضا المالک.

[الاستدلال علی البطلان بحدیث رفع القلم]

و احتج علی الحکم فی الغنیة بقوله ص: رفع القلم عن ثلاثة عن الصبی حتی یحتلم و عن المجنون حتی یفیق و عن النائم حتی یستیقظ و قد سبقه فی ذلک الشیخ فی المبسوط فی مسألة الإقرار و قال إن مقتضی رفع القلم أن لا یکون لکلامه حکم و نحوه الحلی فی السرائر فی مسألة عدم جواز وصیة البالغ عشرا و تبعهم فی الاستدلال به جماعة کالعلامة و غیره.

[الاستدلال بروایات عدم جواز أمر الصبی]

اشارة

و استدلوا أیضا بخبر حمزة بن حمران عن مولانا الباقر ع: إن الجاریة إذا زوجت و دخل بها و لها تسع سنین ذهب عنها الیتم و دفع إلیها مالها و جاز أمرها فی الشراء و الغلام لا یجوز أمره فی البیع و الشراء و لا یخرج عن الیتم حتی یبلغ خمس عشرة سنة إلی آخر الحدیث.

و فی روایة ابن سنان: متی یجوز أمر الیتیم قال حتی یبلغ أشده قال ما أشده قال احتلامه و فی معناها روایات أخر

[المناقشة فی دلالة هذه الروایات]

لکن الإنصاف أن جواز الأمر فی هذه الروایات ظاهر فی استقلاله فی التصرف لأن الجواز مرادف للمضی فلا ینافی عدمه ثبوت الوقوف علی الإجازة کما یقال بیع الفضولی غیر ماض بل موقوف. و یشهد له الاستثناء فی بعض تلک الأخبار بقوله إلا أن یکون سفیها فلا دلالة لها حینئذ علی سلب عبارته و أنه إذا ساوم ولیه متاعه و عین له قیمته و أمر الصبی لمجرد إیقاع العقد مع الطرف الآخر

كان باطلا و كذا لو أوقع إيجاب النكاح أو قبوله لغيره بإذن وليه.

[المناقشة فى دلالة حديث رفع القلم]

و أما حديث رفع القلم ففيه أولا أن الظاهر منه قلم المؤاخذة لا قلم جعل الأحكام و لذا بنينا كالمشهور على شرعية عبادات الصبى. و ثانيا أن المشهور على الألسنة أن الأحكام الوضعية ليست مختصة بالبالغين فلا مانع من أن يكون عقده سببا لوجوب الوفاء به بعد البلوغ أو على الولى إذا وقع بإذنه أو إجازته كما تكون جنابته سببا لوجوب غسله بعد البلوغ و حرمة تمكينه من مس المصحف. و ثالثا لو سلمنا اختصاص الأحكام حتى الوضعية بالبالغين لكن لا مانع من كون فعل غير البالغ- موضوعا للأحكام المجعولة فى حق البالغين فيكون الفاعل كسائر غير البالغين خارجا عن ذلك الحكم إلى وقت البلوغ. و بالجملة فالتمسك بالرواية ينافى ما اشتهر بينهم من شرعية عبادة الصبى و ما اشتهر بينهم من عدم اختصاص الأحكام الوضعية بالبالغين

[ترديد بعضهم فى الصحة و تصريح آخرين بها]

فالعمدة فى سلب عبارة الصبى هو الإجماع المحكى المعتضد بالشهرة العظيمة و إلا فالمسألة محل إشكال و لذا تردد المحقق فى الشرائع فى إجازة المميز بإذن الولى بعد ما جزم بالصحة فى العارية و استشكل فيها فى القواعد و التحرير. و قال فى القواعد و فى صحة بيع المميز بإذن الولى نظر بل عن الفخر فى شرحه أن الأقوى الصحة مستدلا بأن العقد إذا وقع بإذن الولى كان كما لو صدر عنه و لكن لم أجده فيه و قواه المحقق الأردبيلى على ما حكى عنه و يظهر من التذكرة عدم ثبوت الإجماع عنده حيث قال و هل يصح بيع المميز و شراؤه الوجه عندى أنه لا يصح. و اختار فى السرائر صحة بيع الصبى فى مقام اختبار رشده. و ذكر المحقق الثانى أنه لا يبعد بناء المسألة على أن أفعال الصبى و أقواله شرعية أم لا ثم حكم بأنها غير شرعية و أن الأصح بطلان العقد. و عن المختلف أنه حكى فى باب المزارعة عن القاضى كلاما يدل على صحة بيع الصبى و بالجملة فالمسألة لا تخلو عن إشكال و إن أطنب بعض المعاصرين فى توضيحه حتى ألحقه بالبديهيات فى ظاهر كلامه

[الحجة فى المسألة هى الشهرة و الإجماع المحكى]

اشارة

فالإنصاف أن الحجة فى المسألة هى الشهرة المحققة و الإجماع المحكى عن التذكرة بناء على أن استثناء الإحرام الذى لا يجوز إلا بإذن الولى شاهد على أن مراده بالحجر ما يشمل سلب العبارة لا نفى الاستقلال فى التصرف و كذا إجماع الغنية- بناء على أن استدلاله بعد الإجماع بحديث رفع القلم دليل على شمول معقده للبيع بإذن الولى و ليس المراد نفى صحة البيع المتعقب بالإجازة حتى يقال إن الإجازة عند السيد غير مجدية فى تصحيح مطلق العقد الصادر من غير المستقل و لو كان غير مسلوب العبارة كالبائع الفضولى و يؤيد الإجماعين ما تقدم عن كنز العرفان.

[المناقشة فى تحقق الإجماع]

نعم لقائل أن يقول إن ما عرفت من المحقق و العلامة و ولده و القاضى و غيرهم خصوصا المحقق الثانى الذى

المكاسب، ج۲، ص ۱۱۵

بنى المسألة على شرعية أفعال الصبى يدل على عدم تحقق الإجماع و كيف كان فالعمل على المشهور

[ما يستأنس به للبطلان الأخبار المستفيضة]

و يمكن أن يستأنس له أيضا بما ورد فى الأخبار المستفيضة من أن عمد الصبى و خطأه واحد كما فى صحيحة ابن مسلم و غيرها و الأصحاب و إن ذكروها فى باب الجنايات إلا أنه لا إشعار فى نفس الصحيحة بل و غيرها بالاختصاص بالجنايات و لذا تمسك بها الشيخ فى المبسوط و الحلى فى السرائر على أن إخلال الصبى المحرم بمحظورات الإحرام التى يختص حرمتها بحال التعمد لا يوجب كفارة على الصبى و لا على الولى لأن عمده خطأ. و حينئذ فكل حكم شرعى تعلق بالأفعال التى يعتبر فى ترتب الحكم الشرعى عليها القصد بحيث لا عبرة بها إذا وقعت بغير القصد فما يصدر منها عن الصبى قصدا بمنزلة الصادر عن غيره بلا قصد فعقد الصبى و إيقاعه مع القصد كعقد الهازل و الغالط و الخاطى و إيقاعاتهم بل يمكن بملاحظة بعض ما ورد من هذه الأخبار فى قتل المجنون و الصبى استظهار المطلب من حديث رفع القلم و هو ما عن قرب الإسناد بسند أبى البخترى عن جعفر عن أبيه عن على ع أنه كان يقول: المجنون المعتوه الذى لا يفيق و الصبى الذى لم يبلغ عمدها خطأ تحمله العاقلة و قد رفع عنهما القلم إلى آخر الحديث فإن ذكر رفع القلم فى الذيل ليس له وجه ارتباط إلا أن يكون علة لأصل الحكم و هو ثبوت الدية على العاقلة أو أن يكون معلولا لقوله عمدهما خطأ يعنى أنه لما كان قصدهما بمنزلة العدم فى نظر الشارع و فى الواقع رفع القلم عنهما و لا يخفى أن ارتباطها بالكلام على وجه العلية أو المعلولية للحكم المذكور فى الرواية أعنى عدم مؤاخذة الصبى و المجنون بمقتضى جناية العمد و هو القصاص و لا بمقتضى شبه العمد و هى الدية فى مالهما لا- يستقيم إلا- بأن يراد من رفع القلم ارتفاع المؤاخذة عنهما شرعا من حيث العقوبة الأخروية و الدنيوية المتعلقة بالنفس كالقصاص أو المال كغرامة الدية و عدم ترتب ذلك على أفعالهما المقصودة المتعمد إليها مما لو وقع من غيرهما مع القصد و التعمد لترتبت عليه غرامة أخروية أو دنيوية. و على هذا فإذا التزم على نفسه مالا بإقرار أو معاوضة و لو بإذن الولى فلا أثر لهما فى إلزامه بالمال و مؤاخذته به و لو بعد البلوغ فإذا لم يلزمه شىء بالتزاماته و لو كانت بإذن الولى فليس ذلك إلا لسلب قصده و عدم العبرة بإنشائه إذ لو كان ذلك لأجل عدم استقلاله و حجره عن الالتزامات على نفسه لم يكن عدم المؤاخذة شاملا لصورة إذن الولى و قد فرضنا الحكم مطلقا فيدل بالالتزام على كون قصده فى إنشاءاته و إخباراته مسلوب الأثر ثم إن مقتضى عموم هذه الفقرة بناء على كونها علة للحكم عدم مؤاخذتهما بالإتلاف الحاصل منهما كما هو ظاهر المحكى عن بعض إلا أن يلتزم بخروج ذلك عن عموم رفع القلم و لا- يخلو من بعد لكن هذا غير وارد على الاستدلال لأنه ليس مبنيا على كون رفع القلم علة للحكم لما عرفت من احتمال كونه معلولا لسلب اعتبار قصد الصبى و المجنون فيختص رفع قلم المؤاخذة بالأفعال التى يعتبر فى المؤاخذة عليها قصد الفاعل فيخرج مثل الإتلاف فافهم و اغتنم. ثم إن القلم المرفوع هو قلم المؤاخذة الموضوع على البالغين فلا ينافى ثبوت بعض العقوبات للصبى كالتعزير.

[رأى المؤلف فى المسألة و دليله]

و الحاصل أن مقتضى ما تقدم من الإجماع المحكى فى البيع و غيره من العقود و الأخبار المتقدمة بعد انضمام بعضها إلى بعض عدم الاعتبار بما يصدر من الصبى من الأفعال المعتبر فيها القصد إلى مقتضاها كإنشاء العقود أصالة و وكالة و القبض و الإقباض و كل التزام على نفسه من ضمان أو إقرار أو نذر أو إيجار.

[كلام العلامة في عدم صحة تصرفات الصبي]

قال في التذكرة و كما لا يصح تصرفاته اللفظية كذا لا يصح قبضه و لا يفيد حصول الملك في الهبة و إن اتهب له الولي و لا لغيره و إن إذن الموهوب له بالقبض و لو قال مستحق الدين للمديون سلم حقي إلى الصبي فسلم مقدار حقه إليه لم يبرأ عن الدين و بقي المقبوض على ملكه و لا ضمان على الصبي لأن المالك ضيعه حيث دفعه إليه و بقي الدين لأنه في الذمة و لا يتعين إلا بقبض صحيح كما لو قال ارم حقي في البحر فرمي مقدار حقه بخلاف ما لو قال للمستودع سلم مالي إلى الصبي أو ألقه في البحر لأنه امتثل أمره في حقه المعين و لو كانت الوديعة للصبي فسلمها إليه ضمن و إن كان بإذن الولي إذ ليس له تضييعها بإذن الولي. و قال أيضا لو عرض الصبي دينارا على الناقد لينقده أو متاعا إلى مقوم ليقومه فأخذه لم يجز له رده إلى الصبي بل على وليه إن كان فلو أمره الولي بالدفع إليه فدفعه إليه برأ من ضمانه إن كان المال للولي و إن كان للصبي فلا كما لو أمره بإلقاء مال الصبي في البحر فإنه يلزمه ضمانه و إذا تبايع الصبيان و تقابضا و أتلف كل واحد منهما ما قبضه فإن جرى بإذن الوليين فالضمان عليهما و إلا فلا ضمان عليهما بل على الصبيين و يأتي في باب الحجر تمام الكلام و لو فتح الصبي الباب و أذن في الدخول على أهل الدار أو أدخل الهدية إلى إنسان عن إذن المهدي فالأقرب الاعتماد لتسامح السلف فيه انتهى كلامه رفع مقامه

[لا فرق في معاملة الصبي بين الأشياء اليسيرة و الخطيرة]

اشارة

ثم إنه ظهر مما ذكرنا أنه لا فرق في معاملة الصبي بين أن تكون في الأشياء اليسيرة أو الخطيرة لما عرفت من عموم النص و الفتوى حتى أن العلامة في التذكرة لما ذكر حكاية أن أبا الدرداء اشترى عصفورا من صبي فأرسله ردها بعدم الثبوت و عدم الحجية و توجيهه بما يخرجها عن محل الكلام

[تفصيل المحدث الكاشاني بين الأشياء اليسيرة و الخطيرة و المناقشة فيه]

و به يظهر ضعف ما عن المحدث الكاشاني من أن الأظهر جواز بيعه و شرائه فيما جرت العادة به من الأشياء اليسيرة دفعا للحرج انتهى. فإن الحرج ممنوع سواء أراد أن الحرج يلزم من منعهم عن المعاملة في المحقرات و التزام مباشرة البالغين لشرائها أم أراد أنه يلزم من التجنب عن معاملتهم بعد بناء الناس على نصب الصبيان للبيع و الشراء في الأشياء الحقيرة ثم إن أراد استقلاله في البيع و الشراء لنفسه بماله من دون إذن الولي ليكون حاصله أنه غير محجور عليه في الأشياء اليسيرة فالظاهر كونه مخالفا للإجماع. و أما ما ورد في رواية السكوني عن أبي عبد الله ع قال: و نهى النبي ص عن كسب الغلام الصغير الذي لا يحسن صناعة بيده معللا بأنه إن لم يجد سرق فمحمول على عوض كسبه من التقاط أو أجرة عن إجارة أوقعها الولي أو الصبي بغير إذن الولي أو عن عمل أمر به من دون إجارة فأعطاه المستأجر أو الآمر أجرة المثل فإن هذه كلها مما يملكه الصبي لكن

المكاسب، ج۲، ص ۱۱۶

يستحب للولي و غيره اجتنابها إذا لم يعلم صدق دعوى الصبي فيها لاحتمال كونها من الوجوه المحرمة نظير رجحان الاجتناب عن أموال غيره ممن لا يبالي بالمحرمات و كيف كان فالقول المذكور في غاية الضعف. نعم ربما صحح سيد مشايخنا في الرياض هذه المعاملات إذا كان الصبي بمنزلة الآلة لمن له أهلية التصرف من جهة استقرار السيرة و استمرارها على ذلك و فيه إشكال من جهة قوة

احتمال كون السيرة ناشئة عن عدم المبالاة في الدين كما في كثير من سيرهم الفاسدة و يؤيد ذلك ما يرى من استمرار سيرتهم على عدم الفرق بين المميزين و غيرهم و لا بينهم و بين المجانين و لا بين معاملاتهم لأنفسهم بالاستقلال بحيث لا يعلم الولى أصلا و بين معاملاتهم لأوليائهم على سبيل الآلية مع أن هذا مما لا ينبغى الشك فى فسادها خصوصا الأخير مع أن الإحالة على ما جرت العادة به كالإحالة على المجهول فإن الذى جرت عليه السيرة هو الوكول إلى كل صبى ماهر فطن فيه بحيث لا يغلب فى المساومة عليه فيكلون إلى من بلغ ست سنين شراء باقة بقل أو بيع بيضة دجاج بفلس و إلى من بلغ ثمانى سنين اشتراء اللحم و الخبز و نحوهما و إلى من بلغ أربع عشرة سنة شراء الثياب بل الحيوان بل يكلون إليه أمور التجارة فى الأسواق و البلدان و لا يفرقون بينه و بين من أكمل خمس عشر سنة و لا يكلون إليه شراء مثل القرى و البساتين و بيعها إلا بعد أن يحصل له التجارب و لا أظن أن القائل بالصحة يلتزم العمل بالسيرة على هذا التفصيل و كيف كان فالظاهر أن هذا القول أيضا مخالف لما يظهر منهم. و قد عرفت حكم العلامة فى التذكرة بعدم جواز رد المال إلى الصبى إذا دفعه إلى الناقد لينقده أو المتاع الذى دفعه إلى المقوم ليقومه مع كونه غالبا فى هذه المقامات بمنزلة الآلة للولى و كذا حكمه بالمنع من رد مال الطفل إليه بإذن الولى مع أنه بمنزلة الآلة فى ذلك غالبا.

[دعوى كاشف الغطاء إفادة معاملة الصبى الإباحة لو كان مأذونا و المناقشة فيه

و قال كاشف الغطاء رحمه الله بعد المنع عن صحة عقد الصبى أصالة و وكالة ما لفظه نعم ثبت الإباحة فى معاملة المميزين إذا جلسوا مقام أوليائهم أو تظاهروا على رءوس الأشهاد حتى يظن أن ذلك من إذن الأولياء خصوصا فى المحقرات ثم قال و لو قيل بتملك لأخذ منهم لدلالة مأذونيته فى جميع التصرفات فيكون موجبا قابلا لم يكن بعيدا انتهى. أما التصرف و المعاملة بإذن الأولياء سواء أ كان على وجه البيع أم المعاطاة فهو الذى قد عرفت أنه خلاف المشهور و المعروف حتى لو قلنا بعدم اشتراط شروط البيع فى المعاطاة لأنها تصرف لا ـ محالة و إن لم تكن بيعا و لا معاوضة و إن أراد بذلك أن إذن الولى و رضاه المنكشف بمعاملة الصبى هو المفيد للإباحة لا نفس المعاملة كما ذكره بعضهم فى إذن الولى فى أعاره الصبى. فتوضيحه ما ذكره بعض المحققين من تلامذته و هو أنه لما كان بناء المعاطاة على حصول المراضاة كيف اتفقت و كانت مفيدة لإباحة التصرف خاصة كما هو المشهور و جرت عادة الناس بالتسامح فى الأشياء اليسيرة و الرضا باعتماد غيرهم فى التصرف فيها على الأمارات المفيدة للظن بالرضا فى المعاوضات و كان الغالب فى الأشياء التى يعتمد فيها على قول الصبى تعيين القيمة و الاختلاف الذى يتسامح به فى العادة فلأجل ذلك صح القول بالاعتماد على ما يصدر من الصبى من صورة البيع و الشراء مع الشروط المذكورة كما يعتمد عليه فى الإذن فى دخول الدار و فى إيصال الهدية إذا ظهرت أمارات الصدق بل ما ذكرنا أولى بالجواز من الهدية من وجوه و قد استند فيه فى التذكرة إلى تسامح السلف. و بالجملة فالاعتماد فى الحقيقة على الإذن المستفاد من حال المالك فى الأخذ و الإعطاء مع البناء على ما هو الغالب من كونه صحيح التصرف لا على قول الصبى و معاملته من حيث إنه كذلك و كثيرا ما يعتمد الناس على الإذن المستفاد من غير وجود ذى يد أصلا مع شهادة الحال بذلك كما فى دخول الحمام و وضع الأجرة عوض الماء التالف فى الصندوق و كما فى أخذ الخضراوات الموضوعة للبيع و شرب ماء السقاءين و وضع القيمة المتعارفة فى الموضع المعد لهما و غير ذلك من الأمور التى جرت العادة بها كما يعتمد على مثل ذلك فى غير المعاوضات من أنواع التصرفات فالتحقيق أن هذا ليس مستثنى من كلام الأصحاب و لا منافيا له و لا يعتمد على ذلك أيضا فى مقام الدعوى و لا فيما إذا طالب المالك بحقه و أظهر عدم الرضا انتهى. و حاصله أن مناط الإباحة و مدارها فى المعاطاة ليس على وجود تعاط قائم بشخصين أو بشخص منزل منزلة شخصين بل على تحقق الرضا من كل منهما بتصرف صاحبه فى ماله حتى لو فرضنا أنه حصل مال كل منهما عند صاحبه باتفاق كإطارة الريح و نحوها فتراضيا على التصرف بإخبار صبى أو بغيره من الأمارات كالكتابة و نحوها كان هذا معاطاة أيضا و لذا يكون وصول الهدية إلى المهدى إليه على يد الطفل الكاشف إيصاله عن رضا المهدى

بالتصرف بل التملك كافيا في إباحة الهدية بل في تملكها. و فيه أن ذلك حسن إلا أنه موقوف أولا على ثبوت حكم المعاطاة من دون إنشاء إباحة أو تمليك و أنه يكتفى فيها بمجرد الرضا. و دعوى حصول الإنشاء بدفع الولي المال إلى الصبي مدفوعة بأنه إنشاء إباحة لشخص غير معلوم و مثله غير معلوم الدخول في حكم المعاطاة مع العلم بخروجه عن موضوعها و به يفرق بين ما نحن فيه. و مسألة إيصال الهدية بيد الطفل فإنه يمكن فيه دعوى كون دفعها إليه للإيصال إباحة أو تمليكا كما ذكر أن إذن الولي للصبي في الإعارة إذن في انتفاع المستعير و أما دخول الحمام و شرب الماء و وضع الأجرة و القيمة فلو حكم بصحتهما بناء على ما ذكرنا من حصول المعاطاة بمجرد المراضاة الخالية عن الإنشاء انحصرت صحة وساطة الصبي بما يكتفى فيه مجرد وصول العوضين دون ما لا يكتفى فيه. و الحاصل أن دفع الصبي و قبضه بحكم العدم فكل ما يكتفى فيه بوصول كل من العوضين إلى صاحب الآخر بأي وجه اتفق فلا تضر فيه مباشرة الصبي لمقدمات الوصول ثم إن ما ذكر مختص بما إذا علم إذن شخص بالغ عاقل للصبي وليا كان أو غيره. و أما ما ذكره كاشف الغطاء أخيرا من صيرورة الشخص موجبا و قابلا ففيه أولا أن تولي وظيفة الغائب و هو من أذن للصغير إن كان بإذن منه فالمفروض انتفاؤه و إن كان بمجرد العلم برضاه فالاكتفاء به في الخروج عن

موضوع الفضولي مشكل بل ممنوع. و ثانيا أن المحسوس بالوجدان عدم قصد من يعامل مع الأطفال النيابة عمن أذن للصبي

المكاسب، ج۲، ص ۱۱۷

ثم إنه لا وجه لاختصاص ما ذكروه من الألية بالصبي و لا بالأشياء الحقيرة بل هو جار في المجنون و السكران بل البهائم و في الأمور الخطيرة إذ المعاملة إذا كانت في الحقيقة بين الكبار و كان الصغير آلة فلا فرق في الألية بينه و بين غيره. نعم من تمسك في ذلك بالسيرة من غير أن يتجشم لإدخال ذلك تحت القاعدة فله تخصيص ذلك بالصبي لأنه المتيقن من موردها كما أن ذلك مختص بالمحقرات.

مسألة و من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به

اشارة

مسألة و من جملة شرائط المتعاقدين قصدهما لمدلول العقد الذي يتلفظان به

- و اشتراط القصد بهذا المعنى في صحة العقد بل في تحقق مفهومه مما لا خلاف فيه و لا إشكال فلا يقع من دون قصد إلى اللفظ كما في الغالط أو إلى المعنى كما في الهازل لا بمعنى عدم استعمال اللفظ فيه بل بمعنى عدم تعلق إرادته به و إن أوجد مدلوله بالإنشاء كما في الأمر الصوري فهو شبيه الكذب في الأخبار أو قصد معنى يغاير مدلول العقد بأن قصد الأخبار أو الاستفهام أو إنشاء معنى غير البيع مجازا أو غلطا فلا يقع البيع لعدم القصد إليه و لا المقصود إذا اشترطت فيه عبارة خاصة ثم إنه ربما يقال بعدم تحقق القصد في عقد الفضولي و المكره كما صرح به في المسالك حيث قال إنهما قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله. و فيه أنه لا دليل على. اشتراط أزيد من القصد المتحقق في صدق مفهوم العقد مضافا إلى ما سيجيء في أدلة الفضولي و أما معنى ما في المسالك فسيأتي في اشتراط الاختيار.

[كلام صاحب المقابس في اعتبار تعيين المالكين

اشارة

و اعلم أنه ذكر بعض المحققين ممن عاصرناه كلاما في هذا المقام في أنه هل يعتبر تعيين المالكين الذين يتحقق النقل أو الانتقال

بالنسبة إليهما أم لا. و ذكر أن في المسألة أوجها و أقوالا و أن المسألة في غاية الإشكال و أنه قد اضطربت فيها كلمات الأصحاب قدس الله أرواحهم في تضاعيف أبواب الفقه ثم قال و تحقيق المسألة أنه إن توقف تعين المالك على التعيين حال العقد لتعدد وجه وقوعه الممكن شرعا اعتبر تعيينه في النية أو مع التلفظ به أيضا كبيع الوكيل و الولي العاقد عن اثنين في بيع واحد أو الوكيل عنهما و الولي عليهما في البيوع المتعددة فيجب أن يعين من يقع له البيع أو الشراء من نفسه أو غيره و أن يميز البائع من المشتري إذا أمكن الوصفان في كل منهما فإذا عين جهة خاصة تعينت و إن أطلق فإن كانت هناك جهة ينصرف إليها الإطلاق كان كالتعيين كما لو دار الأمر بين نفسه و غيره إذا لم يقصد الإبهام أو التعيين بعد العقد و إلا وقع لاغيا و هذا جار في سائر العقود من النكاح و غيره. و الدليل على اشتراط التعيين و لزوم متابعته في هذا القسم أنه لو لا ذلك لزم بقاء الملك بلا مالك معين في نفس الأمر و أن لا يحصل الجزم بشيء من العقود التي لم يتعين فيه العوضان و لا بشيء من الأحكام و الآثار المترتبة على ذلك و فساد ذلك ظاهر و لا دليل على تأثير التعيين المتعقب و لا على صحة العقد المبهم لانصراف الأدلة إلى ما هو الشائع المعروف من الشريعة و العادة فوجب الحكم بعدمه و على هذا فلو اشترى الفضولي لغيره في الذمة فإن عين ذلك الغير تعين و وقف على إجازته سواء تلفظ بذلك أم نواه و إن أبهم مع قصد الغير بطل و لا- يتوقف إلى أن يوجد له مجيز إلى أن قال و إن لم يتوقف تعين المالك على التعيين حال العقد بأن يكون العوضان معينين و لا يقع العقد فيهما على وجه يصح إلا لمالكهما. ففي وجوب التعيين أو الإطلاق المنصرف إليه أو عدمه مطلقا أو التفصيل بين التصريح بالخلاف فيبطل و عدمه فيصح أوجه أقواها الأخير و أوسطها الوسط و أشبهها للأصول الأول و في حكم التعيين ما إذا عين المال بكونه في ذمة زيد مثلا و على الأوسط لو باع مال نفسه عن الغير- وقع عنه و لغا قصد كونه عن الغير و لو باع مال زيد عن عمرو فإن كان وكيلا عن زيد صح عنه و إلا وقف على إجازته و لو اشترى لنفسه بمال في ذمة زيد فإن لم يكن وكيلا عن زيد وقع له و تعلق المال بذمته لا عن زيد ليقف على إجازته و إن كان وكيلا فالمقتضى لكل من العقدين منفردا موجود و الجمع بينهما يقتضى إلغاء أحدهما و لما لم يتعين احتمل البطلان للتدافع و صحته عن نفسه لعدم تعلق الوكالة بمثل هذا الشراء و ترجيح جانب الأصالة. و عن الموكل لتعين العوض في ذمة الموكل فقصد كون الشراء لنفسه لغوا كما في المعين و لو اشترى عن زيد بشيء في ذمته فضولا و لم يجز فأجاز عمرو و لم يصح عن أحدهما. و قس على ما ذكر حال ما يرد من هذا الباب و لا فرق على الأوسط في الأحكام المذكورة بين النية المخالفة و التسمية و يفرق بينهما على الأخير و يبطل الجميع على الأول انتهى كلامه.

[المناقشة فيما أفاده صاحب المقابس

أقول مقتضى المعاوضة و المبادلة- دخول كل من العوضين في ملك مالك الآخر و إلا لم يكن كل منهما عوضا و بدلا و على هذا فالقصد إلى العوض و تعيينه يغني عن تعيين المالك إلا أن ملكية العوض و ترتب آثار الملك عليه قد يتوقف على تعيين المالك فإن من الأعواض ما يكون متشخصا بنفسه في الخارج كالأعيان. و منها ما لا يتشخص إلا بإضافته إلى مالك كما في الذمم لأن ملكية الكلي لا- تكون إلا- مضافة إلى ذمة و إجراء أحكام الملك على ما في ذمة الواحد المردد بين شخصين فصاعدا غير معهود. فتعين الشخص في الكلي إنما يحتاج إليه لتوقف اعتبار ملكية ما في الذمم على تعيين صاحب الذمة. فصح على ما ذكرنا أن تعيين المالك مطلقا غير معتبر سواء في العوض المعين أم في الكلي و أن اعتبار التعيين فيما ذكره من الأمثلة في الشق الأول من تفصيله إنما هو لتصحيح ملكية العوض بتعيين من يضاف الملك إليه لا- لتوقف المعاملة على تعيين ذلك الشخص بعد فرض كونه مالكا فإن من اشترى لغيره في الذمة إذا لم يعين الغير لم يكن الثمن ملكا لأن ما في الذمة ما لم يضف إلى شخص معين لم تترتب عليه أحكام المال من جعله ثمنا أو مثمنا و كذا الوكيل أو الولي العاقد عن اثنين فإنه إذا جعل العوضين في الذمة بأن قال بعت عبدا بألف ثم قال قبلت فلا يصير العبد قابلا للبيع و لا الألف قابلا للاشتراء به حتى يسند كلا منهما إلى معين أو إلى نفسه من حيث إنه نائب عن ذلك المعين

فيقول بعت عبدا من مال فلان بألف من مال فلان فيمتاز البائع عن المشترى. و أما ما ذكره من الوجوه الثلاثة فيما إذا كان العوضان معينين فالمقصود إذا كان هى المعاوضة الحقيقية التى قد عرفت أن من لوازمها العقلية دخول العوض فى ملك مالك المعوض تحقيقا لمفهوم العوضية و البدلية فلا حاجة إلى تعيين من ينقل عنهما أو إليهما العوضان و إذا لم تقصد المعاوضة الحقيقية فالبيع غير منعقد فإن

المكاسب، ج۲، ص ۱۱۸

جعل [من العوض من عين مال غير المخاطب الذى ملكه المعوض فقال ملكتك فرسى هذا بحمار عمرو فقال المخاطب قبلت لم يقع البيع لخصوص المخاطب لعدم مفهوم المعاوضة معه و فى وقوعه اشتراء فضوليا لعمرو كلام يأتى- . و أما ما ذكره من مثال من باع مال نفسه عن غيره فلا إشكال فى عدم وقوعه عن غيره و الظاهر وقوعه عن البائع و لغوية قصده عن الغير لأنه أمر غير معقول لا يتحقق القصد إليه حقيقة و هو معنى لغويته و لذا لو باع مال غيره عن نفسه وقع للغير مع إجازته كما سيجىء و لا يقع عن نفسه أبدا. نعم لو ملكه فأجاز قيل بوقوعه له لكن لا- من حيث إيقاعه أولا- لنفسه فإن القائل به لا يفرق حينئذ بين بيعه عن نفسه أو عن مالكه فقصد وقوعه عن نفسه لغو دائما و وجوده كعدمه إلا أن يقال إن وقوع بيع مال نفسه لغيره إنما لا يعقل إذا فرض قصده للمعاوضة الحقيقية لم لا يجعل هذا قرينة على عدم إرادته من البيع المبادلة الحقيقية- أو على تنزيل الغير منزلة نفسه فى مالكية المبيع- كما سيأتى أن المعاوضة الحقيقية فى بيع الغاصب لنفسه لا يتصور إلا على هذا الوجه و حينئذ يحكم ببطلان المعاملة لعدم قصد المعاوضة الحقيقية مع المالك الحقيقى. و من هنا ذكر العلامة و غيره فى عكس المثال المذكور أنه لو قال المالك للمرتهن بعه لنفسك بطل و كذا لو دفع مالا إلى من يطلب الطعام و قال اشتر به لنفسك طعاما هذا و لكن الأقوى صحة المعاملة المذكورة- و لغوية القصد المذكور لأنه راجع إلى إرادة إرجاع فائدة البيع إلى الغير لا جعله أحد ركنى المعاوضة و أما حكمهم ببطلان البيع فى مثال الرهن و اشتراء الطعام فمرادهم عدم وقوعه للمخاطب لا- أن المخاطب إذا قال بعته لنفسى أو اشتريته لنفسى لم يقع لمالكه إذا أجازه و بالجملة فحكمهم بصحة بيع الفضولى و شرائه لنفسه و وقوعه للمالك يدل على عدم تأثير قصد وقوع البيع لغير المالك

[هل يعتبر تعيين الموجب للمشترى و القابل للبائع

ثم إن ما ذكرناه كله حكم وجوب تعيين كل من البائع و المشترى من يبيع له و من يشترى له. و أما تعيين الموجب لخصوص المشترى المخاطب و تعيين القابل لخصوص البائع فيحتمل اعتباره إلا فيما علم من الخارج عدم إرادة خصوص المخاطب لكل من المتخاطبين كما فى غالب البيوع و الإجارات فحينئذ يراد من ضمير المخاطب فى قوله ملكتك كذا أو منفعة كذا بكذا هو المخاطب بالاعتبار الأعم من كونه مالكا حقيقيا أو جعليا كالمشترى الغاصب أو من هو بمنزلة المالك بإذن أو ولاية. و يحتمل عدم اعتباره إلا إذا علم من الخارج إرادة خصوص الطرفين كما فى النكاح و الوقف الخاص و الهبة و الوكالة و الوصية و الأقوى هو الأول عملا بظاهر الكلام الدال على قصد الخصوصية و تبعية العقود للقصود و على فرض القول الثانى فلو صرح بإرادة خصوص المخاطب اتبع قصده فلا- يجوز للقابل أن يقبل عن غيره. قال فى التذكرة لو باع الفضولى أو اشترى مع جهل الآخر فإشكال ينشأ من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد و هذا الإشكال و إن كان ضعيفا مخالفا للإجماع و السيرة إلا أنه مبنى على ما ذكرناه من مراعاة ظاهر الكلام. و قد يقال فى الفرق بين البيع و شبهه و بين النكاح إن الزوجين فى النكاح كالعوضين فى سائر العقود و تختلف الأغراض باختلافهما فلا بد من التعيين و توارد الإيجاب و القبول على أمر واحد و لأن معنى قوله بعتك كذا بكذا رضاه بكونه مشتريا للمال المبيع و المشترى يطلق على المالك و وكيله و معنى قولها زوجتك نفسى رضاها بكونه زوجا و الزوج لا يطلق على الوكيل انتهى. و يرد على الوجه الأول من وجهى الفرق أن كون الزوجين كالعوضين إنما يصلح وجها لوجوب التعيين فى النكاح لا لعدم وجوبه فى البيع مع أن الظاهر أن ما ذكرناه من الوقف و إخوته كالنكاح فى عدم جواز قصد القابل القبول فيها على وجه النيابة أو الفضولى فلا بد من وجه مطرد

فی الکل. و علی الوجه الثانی أن معنی بعتک فی لغة العرب کما نص علیه فخر المحققین و غیره هو ملکتک بعوض و معناه جعل المخاطب مالکا و من المعلوم أن المالک لا یصدق علی الولی و الوکیل و الفضولی. فالأولی فی الفرق ما ذکرناه من أن الغالب فی البیع و الإجارة هو قصد المخاطب لا ـ من حیث هو بل بالاعتبار الأعم من کونه أصالة أو عن الغیر و لا ینافی ذلک عدم سماع قول المشتری فی دعوی کونه غیر أصیل فتأمل بخلاف النکاح و ما أشبهه فإن الغالب قصد المتکلم للمخاطب من حیث إنه رکن للعقد بل ربما یستشکل فی صحة أن یراد من القرینة المخاطب من حیث قیامه مقام الأصل کما لو قال زوجتک مریدا له باعتبار کونه وکیلا عن الزوج و کذا قوله وقفت علیک و أوصیت لک و وکلتک و لعل الوجه عدم تعارف صدق هذه العنوانات علی الوکیل فیها فلا یقال للوکیل الزوج و لا الموقوف علیه و لا الموصی له و لا الموکل بخلاف البائع و المستأجر فتأمل حتی لا یتوهم رجوعه إلی ما ذکرناه سابقا و اعترضنا علیه.

مسألة و من شرائط المتعاقدین الاختیار

[المراد من الاختیار]

و المراد به القصد إلی وقوع مضمون العقد عن طیب النفس فی مقابل الکراهة و عدم طیب النفس لا الاختیار فی مقابل الجبر.

[ما یدل علی اشتراط الاختیار]

و یدل علیه قبل الإجماع قوله تعالی إِلَّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و قوله ص:
لا یحل مال امرأ مسلم إلا عن طیب نفسه و قوله ص فی الخبر المتفق علیه بین المسلمین: رفع أو وضع عن أمتی تسعة أشیاء أو ستة و منها ما أکرهوا علیه. و ظاهره و إن کان رفع المؤاخذة إلا ـ أن استشهاد الإمام ع به فی رفع بعض الأحکام الوضعیة یشهد لعموم المؤاخذة فیه لمطلق الإلزام علیه بشیء. ففی صحیحة البزنطی عن أبی الحسن ع: فی الرجل یستکره علی الیمین فیحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما یملک أ یلزمه ذلک فقال ع لا ـ قال رسول الله ص وضع عن أمتی ما أکرهوا علیه و ما لم یطیقوا و ما أخطئوا. و الحلف بالطلاق و العتاق و إن لم یکن صحیحا عندنا من دون الإکراه أیضا إلا أن مجرد استشهاد الإمام ع فی عدم وقوع آثار ما حلف به بوضع ما أکرهوا علیه یدل علی أن المراد بالنبوی لیس خصوص المؤاخذة و العقاب الأخروی هذا کله مضافا إلی الأخبار الواردة فی طلاق المکره بضمیمة عدم الفرق ثم إنه یظهر من جماعة منهم الشهیدان أن المکره قاصد إلی اللفظ غیر قاصد إلی مدلوله بل یظهر

المکاسب، ج۲، ص ۱۱۹

ذلک من بعض کلمات العلامة و لیس مرادهم أنه لا قصد له إلا إلی مجرد التکلم کیف و الهازل الذی هو دونه فی القصد قاصد للمعنی قصدا صوریا. و الخالی عن القصد إلی غیر التکلم هو من یتکلم تقلیدا أو تلقینا کالطفل الجاهل بالمعانی.

[المراد من قولهم: المکره قاصد إلی اللفظ غیر قاصد إلی مدلوله

فالمراد بعدم قصد المکره عدم القصد إلی وقوع مضمون العقد فی الخارج و أن الداعی له إلی الإنشاء لیس قصد وقوع مضمونه فی الخارج لا أن کلامه الإنشائی مجرد عن المدلول کیف و هو معلول الکلام الإنشائی إذا کان مستعملا غیر مهمل و هذا الذی ذکرنا لا یکاد یخفی علی من له أدنی تأمل فی معنی الإکراه لغة و عرفا و أدنی تتبع فیما ذکره الأصحاب فی فروع الإکراه التی لا تستقیم مع ما

توهمه من خلو المكره عن قصد مفهوم اللفظ و جعله مقابلا للقصد. و حكمهم بعدم وجوب التورية- فى التفصى عن الإكراه و صحة بيعه بعد الرضا و استدلالهم له بالأخبار الواردة فى طلاق المكره و أنه لا طلاق إلا مع إرادة الطلاق حيث إن المنفى صحة الطلاق لا تحقق مفهومه لغة و عرفا و فيما ورد فيمن طلق مداراة بأهله إلى غير ذلك. و فى أن مخالفة بعض العامة فى وقوع الطلاق إكراها لا ينبغى أن يحمل على الكلام المجرد عن قصد المفهوم الذى لا يسمى خبرا و لا إنشاء و غير ذلك مما يوجب القطع بأن المراد بالقصد المفقود فى المكره هو القصد إلى وقوع أثر العقد و مضمونه فى الواقع و عدم طيب النفس به لا عدم إرادة المعنى من الكلام و يكفى فى ذلك ما ذكره الشهيد الثانى من أن المكره و الفضولى قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله. نعم ذكر فى التحرير و المسالك فى فروع المسألة ما يوهم ذلك. قال فى التحرير لو أكره على الطلاق فطلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق إذ لا إكراه على القصد انتهى. و بعض المعاصرين بنى هذا الفرع على تفسير القصد بما ذكرناه من متوهم كلامهم فرد عليهم بفساد المبنى و عدم وقوع الطلاق فى الفرض المزبور و لكن المتأمل يقطع بعدم إرادتهم لذلك و سيأتى ما يمكن توجيه الفرع المزبور به

[حقيقة الإكراه لغة و عرفا]

ثم إن حقيقة الإكراه لغة و عرفا حمل الغير على ما يكرهه و يعتبر فى وقوع الفعل من ذلك الحمل اقترانه بتوعد منه مظنون الترتب على ترك ذلك الفعل مضر بحال الفاعل أو متعلقة نفسا أو عرضا أو مالا فظهر من ذلك أن مجرد الفعل لدفع الضرر المترتب على تركه لا يدخله فى المكره عليه كيف و الأفعال الصادرة من العقلاء كلها أو جلها ناشئة عن دفع الضرر و ليس دفع مطلق الضرر الحاصل من إبعاد شخص يوجب صدق المكره عليه فإن من أكره على دفع مال و توقف على بيع بعض أمواله فالبيع الواقع منه لبعض أمواله و إن كان لدفع الضرر المتوعد به على عدم دفع ذلك المال و لذا يرتفع التحريم عنه لو فرضت حرمته عليه لحلف أو شبهه ليس مكرها.

[المعيار فى صدق الإكراه]

فالمعيار فى وقوع الفعل مكرها عليه سقوط الفاعل من أجل الإكراه المقترن بإيعاد الضرر عن الاستقلال فى التصرف بحيث لا تطيب نفسه بما يصدر منه و لا يتعمد إليه عن رضا و إن كان يختاره لاستقلال العقل بوجوب اختياره دفعا للضرر أو ترجيحا لأقل الضررى ن إلا أن هذا المقدار لا يوجب طيب نفسه به فإن النفس مجبولة على كراهة ما يحمله غيره عليه مع الإيعاد عليه بما يشق تحمله. و الحاصل أن الفاعل و إن يفعل لدفع الضرر لكنه مستقل فى فعله و مخلى و طبعه فيه بحيث تطيب نفسه بفعله و إن كان من باب علاج الضرر و قد يفعل لدفع ضرر إيعاد الغير على تركه و هذا مما لا تطيب النفس به و ذلك معلوم بالوجدان

[هل يعتبر عدم إمكان التفصى عن الضرر بما لا ضرر فيه

ثم إنه هل يعتبر فى موضوع الإكراه أو حكمه عدم إمكان التفصى عن الضرر المتوعد به بما لا يوجب به ضررا آخر كما حكى عن جماعة أم لا الذى يظهر من النصوص و الفتاوى عدم اعتبار العجز عن التورية لأن حمل عموم رفع الإكراه و خصوص النصوص الواردة فى طلاق المكره و عتقه و معاقد الإجماعات و الشهرات المدعاة فى حكم المكره على صورة العجز عن التورية لجهل أو دهشة بعيد جدا بل غير صحيح فى بعضها من جهة المورد كما لا يخفى على من راجعها مع أن القدرة على التورية لا تخرج الكلام عن حيز الإكراه عرفا.

[هل يعتبر العجز عن التخلص بغير التورية]

هذا و ربما يستظهر من بعض الأخبار عدم اعتبار العجز عن التفصى بوجه آخر غير التورية أيضا فى صدق الإكراه مثل رواية ابن سنان عن أبى عبد الله ع قال: لا- يمين فى غضب و لا فى قطيعة رحم و لا فى جبر و لا فى إكراه قلت أصلحك الله و ما الفرق بين الجبر و الإكراه قال الجبر من السلطان و يكون الإكراه من الزوجة و الأم و الأب و ليس ذلك بشىء.

و يؤيده أنه لو خرج عن الإكراه عرفا بالقدرة على التفصى بغير التورية خرج عنه بالقدرة عليها لأن المناط حينئذ انحصار التخلص عن الضرر المتوعد به فى فعل المكره عليه فلا- فرق بين أن يتخلص عنه بكلام آخر أو فعل آخر أو بهذا الكلام مع قصد معنى آخر. و دعوى أن جريان حكم الإكراه مع القدرة على التورية تعبدى لا من جهة صدق حقيقة الإكراه كما ترى لكن الإنصاف أن وقوع الفعل عن الإكراه لا يتحقق إلا مع العجز عن التفصى بغير التورية لأنه يعتبر فيه أن يكون الداعى عليه هو خوف ترتب الضرر المتوعد به على الترك و مع القدرة على التفصى لا يكون الضرر مترتبا على ترك المكره عليه بل على تركه و ترك التفصى معا فدفع الضرر يحصل بأحد الأمرين من فعل المكره عليه و التفصى فهو مختار فى كل منهما و لا يصدر كل منهما إلا باختياره فلا إكراه و ليس التفصى من الضرر أحد فردى المكره عليه حتى لا يوجب تخيير الفاعل فيهما سلب الإكراه عنهما كما لو أكرهه على أحد الأمرين حيث يقع كل منهما حينئذ مكرها عليه لأن الفعل المتفصى به مسقط عن المكره عليه لا بدل له و لذا لا تجرى عليه أحكام المكره عليه إجماعا فلا يفسد إذا كان عقدا و ما ذكرناه و إن كان جاريا فى التورية إلا أن الشارع رخص فى ترك التورية بعد عدم إمكان التفصى بوجه آخر لما ذكرنا من ظهور النصوص و الفتاوى و بعد حملها على صورة العجز عن التورية مع أن العجز عنها لو كان معتبرا لأشير إليها فى تلك الأخبار الكثيرة المجوزة للحلف كاذبا عند الخوف و الإكراه خصوصا: فى قصة عمار و أبويه حيث أكرهوا على الكفر فأبى أبواه فقتلا و أظهر لهم عمار ما أرادوا فجاء باكيا إلى رسول الله ص فنزلت الآية مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ

المكاسب، ج۲، ص ۱۲۰

بِالْإِيمانِ فقال له رسول الله ص إن عادوا عليك فعد و لم ينبهه على التورية فإن التنبيه فى المقام و إن لم يكن واجبا إلا أنه لا شك فى رجحانه خصوصا من النبى ص باعتبار شفقته على عمار و علمه بكراهة تكلم عمار بألفاظ الكفر من دون تورية كما لا يخفى

[الفرق بين إمكان التفصى بالتورية و إمكانه بغيرها]

هذا و لكن الأولى أن يفرق بين إمكان التفصى بالتورية و إمكانه بغيرها بتحقق الموضوع فى الأول دون الثانى لأن الأصحاب وفاقا للشيخ فى المبسوط ذكروا من شروط تحقق الإكراه أن يعلم أو يظن المكره بالفتح أنه لو امتنع مما أكره عليه لوقع فيما توعد عليه و معلوم أن المراد ليس امتناعه عنه فى الواقع و لو مع اعتقاد المكره بالكسر عدم الامتناع بل المعيار فى وقوع الضرر اعتقاد المكره لامتناع المكره و هذا المعنى يصدق مع إمكان التورية و لا يصدق مع التمكن من التفصى بغيرها لأن المفروض تمكنه من الامتناع مع اطلاع المكره عليه و عدم وقوع الضرر عليه. و الحاصل أن التلازم بين امتناعه و وقوع الضرر الذى هو المعتبر فى صدق الإكراه موجود مع التمكن بالتورية لا مع التمكن بغيرها فافهم

[عدم اعتبار العجز فى الإكراه الرافع لأثر المعاملات]

ثم إن ما ذكرنا من اعتبار العجز عن التفصى إنما هو فى الإكراه المسوغ للمحرمات و مناطه توقف دفع ضرر المكره على ارتكاب المكره عليه.

و أما الإكراه الرافع لأثر المعاملات فالظاهر أن المناط فيه عدم طيب النفس بالمعاملة و قد يتحقق مع إمكان التفصى مثلا من كان

قاعـدا فی مکان خاص خال عن الغیر متفرغا لعبادهٔ أو مطالعـهٔ فجاءه من أکرهه علی بیع شـیء مما عنـده و هو فی هذه الحال غیر قادر علی دفع ضـرره و هو کاره للخروج عن ذلک المکان لکن لو خرج کان له فی الخارج خدم یکفونه شر المکره فالظاهر صدق الإکراه حینئذ بمعنی عدم طیب النفس لو باع ذلک الشـیء بخلاف من کان خدمه حاضـرین عنده و توقف دفع ضرر إکراه الشخص علی أمر خـدمه بدفعه و طرده فإن هذا لا یتحقق فی حقه الإکراه و یکذب لو ادعاه بخلاف الأول إذا اعتذر بکراههٔ الخروج عن ذلک المنزل و لو فرض فی ذلک المثال إکراهه علی محرم لم یعـذر فیه بمجرد کراههٔ الخروج عن ذلک المنزل و قد تقدم الفرق بین الجبر و الإکراه فی روایهٔ ابن سنان.

[المراد من الإکراه الرافع لأثر المعاملات

فالإـکراه المعتبر فی تسویغ المحظورات هو الإـکراه بمعنی الجبر المـذکور و الرافع لأـثر المعاملاـت هو الإـکراه الـذی ذکر فی تلک الروایـهٔ أنه قـد یکون من الأـب و الولـد و المرأهٔ فالمعیار فیه عـدم طیب النفس فیها لا الضـرورهٔ و الإلجاء و إن کانت هی المتبادر من لفظهٔ الإکراه و لذا یحمل الإکراه فی حدیث الرفع علیه فیکون الفرق بینه و بین الاضـطرار المعطوف علیه فی ذلک الحدیث اختصاص الاضـطرار بالحاصـل لاـ من فعـل الغیر کالجوع و العطش و المرض لکن الـداعی علی اعتبار ما ذکرنا فی المعاملات هو أن العبرهٔ فیها بالقصد الحاصل عن طیب النفس حیث اسـتدلوا علی ذلک بقوله تعالی تِجارَةً عَنْ تَراضٍ. و لا یحل مال امرأ مسـلم إلا عن طیب نفسه و عموم اعتبار الإرادهٔ فی صحهٔ الطلاق و خصوص ما ورد فی فساد طلاق من طلق مداراهٔ مع عیاله.

[الفرق بین الإکراه فی الأحکام التکلیفیهٔ و الأحکام الوضعیهٔ]

فقـد تلخص مما ذکرنا أن الإکراه الرافع لأثر الحکم التکلیفی أخص من الرافع لأثر الحکم الوضـعی. و لو لوحظ ما هو المناط فی رفع کل منهما من دون ملاحظهٔ عنوان الإکراه کانت النسبهٔ بینهما العموم من وجه لأن المناط فی رفع الحکم التکلیفی هو دفع الضرر و فی رفع الحکم الوضعی هو عدم الإرادهٔ و طیب النفس

[لو أکره الشخص علی أحد الأمرین

و من هنا لم یتأمل أحـد فی أنه إذا أکره الشـخص علی أحـد الأمرین المحرمین لا بعینه فکل منهما وقع فی الخارج لا یتصف بالتحریم لأـن المعیـار فی دفع الحرمـهٔ دفع الضـرر المتوقف علی فعـل أحـدهما أمـا لو کانا عقـدین أو إیقاعین کما لو أکره علی طلاق إحـدی زوجتیه. فقـد استشـکل غیر واحـد فی أن ما یختاره من الخصوصـیتین بطیب نفسه و یرجحه علی الآخر بـدواعیه النفسانیهٔ الخارجهٔ عن الإـکراه مکره علیه باعتبـار جنسه أم لاـ بـل أفتی فی القواعـد بوقوع الطلاق و عـدم الإکراه و إن حمله بعضـهم علی ما إذا قنع المکره بطلاق إحـداهما مبهمـهٔ لکن المسألـهٔ عنـدهم غیر صافیهٔ عن الإشـکال من جهۀ مدخلیهٔ طیب النفس فی اختیار الخصوصـیهٔ و إن کان الأقوی وفاقا لکل من تعرض للمسألـهٔ تحقق الإکراه لغـهٔ و عرفا مع أنه لو لم یکن هذا مکرها علیه لم یتحقق الإکراه أصـلا إذ الموجود فی الخارج دائما إحـدی خصوصـیات المکره علیه إذ لا یکاد یتفق الإکراه بجزئی حقیقی من جمیع الجهات. نعم هـذا الفرد مختار فیه من حیث الخصوصـیهٔ و إن کـان مکرهـا علیه من حیث القـدر المشترک بمعنی أن وجوده الخـارجی ناش عن إکراه و اختیار و لـذا لا یسـتحق المـدح أو الـذم باعتبـار أصـل الفعـل و یسـتحقه باعتبـار الخصوصـیهٔ. و تظهر الثمرهٔ فیما لو ترتب أثر علی خصوصـیهٔ المعاملهٔ الموجودهٔ فإنه لا یرتفع بالإکراه علی القدر المشترک مثلا لو أکرهه علی شرب الماء أو شرب الخمر لم یرتفع تحریم الخمر لأنه مختار فیه و إن کـان مکرهـا فی أصل الشـرب و کـذا لو أکرهه علی بیع صـحیح أو فاسـد فإنه لا یرتفع أثر الصـحیح لأنه مختار فیه و إن کان

مكرهـا فى جنس البيع لكنه لاـ يترتب على الجنس أثر يرتفع بالإـكراه و من هنا يعلم أنه لو أكره على بيع مال أو إيفاء مال مسـتحق لم يكن إكراها لأن القدر المشترك بين الحق و غيره إذا أكره عليه لم يقع باطلا و إلا لوقع الإيفاء أيضا باطلا فإن اختار البيع صـحيح لأن الخصوصـية غير مكره عليها و المكره عليه و هو القدر المشترك غير مرتفع الأثر و لو أكرهه على بيع مال أو أداء مال غير مستحق كان إكراها لأنه لا يفعل البيع إلا فرارا من بدله أو وعيده المضرين كما لو أكرهه على بيع داره أو شرب الخمر فإن ارتكاب البيع للفرار عن الضرر الأخروى ببدله أو التضرر الدنيوى بوعيده

[لو أكره أحد الشخصين على فعل واحد]

ثم إن إكراه أحد الشخصـين على فعل واحد بمعنى إلزامه عليهما كفاية و إيعادهما على تركه كإكراه شـخص واحد على أحد الفعلين فى كون كل منهما مكرها.

[صور تعلق الإكراه]

و اعلم أن الإـكراه قـد يتعلق بالمالك و العاقـد كما تقـدم و قـد يتعلق بالمالك دون العاقـد كما لو أكره على التوكيل فى بيع ماله فإن العاقـد قاصـد مختار و المالك مجبور و هو داخل فى عقـد الفضولى بعـد ملاحظة عدم تحقق الوكالة مع الإكراه و قد ينعكس كما لو قـال بع مالى أو طلق زوجتى و إلا قتلتك و الأقوى هنا الصـحة لأن العقـد هنا من حيث إنه عقـد لا يعتبر فيه سوى القصـد الموجود فى المكره إذا كان عاقدا و الرضا المعتبر من المالك موجود بالفرض فهذا أولى من المالك المكره على العقد إذا رضى لاحقا. و احتمل فى المسالك عدم الصحة نظرا إلى

المكاسب، ج۲، ص ۱۲۱

أن الإكراه يسقط حكم اللفظ كما لو أمر المجنون بالطلاق فطلقها ثم قال و الفرق بينهما أن عبارة المجنون مسلوبة بخلاف المكره فإن عبارته مسلوبة لعارض تخلف القصد- فإن كان الأمر قاصدا لم يقدح إكراه المأمور انتهى و هو حسن و قال أيضا لو أكره الوكيل على الطلاق دون الموكل ففى صـحته وجهان أيضا من تحقق الاختيار فى الموكل المالك و من سـلب عبارة المباشـر انتهى. و ربما يستدل على فسـاد العقـد فى هـذين الفرعين بمـا دل على رفع حكم الإـكراه و فيه مـا سـيجىء من أنه إنمـا يرفع حكمـا ثابتا على المكره لو لا الإكراه و لا أثر للعقد هنا بالنسبة إلى المتكلم به لو لا الإكراه. و مما يؤيد ما ذكرنا حكم المشـهور بصحة بيع المكره بعد لحوق الرضا و من المعلوم أنه إنما يتعلق بحاصل العقـد الـذى هو أمر مسـتمر و هو النقل و الانتقال و أما التلفظ بالكلام الذى صدر مكرها عليه فلا معنى للحوق الرضا به لأن ما مضـى و انقطع لا يتغير عما وقع عليه و لا ينقلب. نعم ربما يستشـكل هنا فى الحكم المـذكور بأن القصـد إلى المعنى و لو على وجه الإـكراه شـرط فى الاعتناء بعبارة العقـد و لا يعرف إلا من قبل العاقـد فإذا كان مختارا أمكن إحرازه بأصالة القصـد فى أفعال العقلاء الاختيارية دون المكره عليها اللهم إلا أن يقال إن الكلام بعد إحراز القصد و عدم تكلم العاقد لاغيا أو موريا و لو كان مكرها مع أنه يمكن إجراء أصالة القصد هنا أيضا فتأمل.

فروع

[الإكراه على بيع عبد من عبدين]

و لو أكرهه على بيع واحـد غير معين من عبـدين فباعهما أو باع نصف أحـدهما ففى التـذكرة إشـكال. أقول أما بيع العبـدين فإن كان

تـدريجا فالظاهر وقوع الأول مكرها دون الثانى- مع احتمال الرجوع إليه فى التعيين سواء ادعى العكس أم لا و لو باعهما دفعهٔ احتملت صحهٔ الجميع لأنه خلاف المكره عليه و الظاهر أنه لم يقع شيء منهما عن إكراه و بطلان الجميع لوقوع أحدهما مكرها عليه و لا ترجيح و الأول أقوى.

[الإكراه على معين فضم غيره إليه]

و لو أكره على بيع معين فضم إليه غيره و باعهما دفعهٔ فالأقوى الصحهٔ فى غير ما أكره عليه و أما مسألهٔ النصف فإن باع النصف بعد الإكراه على الكل بقصد أن يبيع النصف الآخر امتثالا للمكره بناء على شمول الإكراه لبيع المجموع دفعتين فلا إشكال فى وقوعه مكرها عليه و إن كان لرجاء أن يقنع المكره بالنصف كان أيضا إكراها لكن فى سماع دعوى البائع ذلك مع عدم الأمارات نظر.

[الإكراه على الطلاق]

اشارهٔ

بقى الكلام فيما وعدنا ذكره من الفرع المذكور فى التحرير قال فى التحرير لو أكره على الطلاق فطلق ناويا فالأقرب وقوع الطلاق انتهى- . و نحوه فى المسالك بزيادهٔ احتمال عدم الوقوع لأن الإكراه أسقط أثر اللفظ و مجرد النيهٔ لا حكم لها. و حكى عن سبطه فى نهايهٔ المرام أنه نقله قولا و استدل عليه بعموم ما دل من النص و الإجماع على بطلان عقد المكره و الإكراه متحقق هنا إذ المفروض أنه لولاه لما فعله ثم قال و المسألهٔ محل إشكال انتهى و عن بعض الأجلهٔ أنه لو علم أنه لا يلزمه إلا اللفظ و له تجريده عن القصد فلا شبهه فى عدم الإكراه و إنما يحتمل الإكراه مع عدم العلم بذلك سواء ظن لزوم القصد و إن لم يرده المكره أم لا انتهى. ثم إن بعض المعاصرين ذكر الفرع عن المسالك و بناه على أن المكره لا قصد له أصلا فرده بثبوت القصد للمكره و جزم بوقوع الطلاق المذكور مكرها عليه و فيه ما عرفت سابقا من أنه لم يقل أحد بخلو المكره عن قصد معنى اللفظ و ليس هذا مرادا من قولهم إن المكره غير قاصد إلى مدلول اللفظ و لذا شرك الشهيد الثانى بين المكره و الفضولى فى ذلك كما عرفت سابقا فبناء هذا الحكم فى هذا الفرع على ما ذكر ضعيف جدا و كذا ما تقدم عن بعض الأجلهٔ من أنه إن علم بكفايهٔ مجرد اللفظ المجرد عن النيهٔ فنوى اختيارا صح لأن مرجع ذلك إلى وجوب التوريهٔ على العارف بها المتفطن لها إذ لا فرق بين التخلص بالتوريهٔ و بين تجريد اللفظ عن قصد المعنى بحيث يتكلم به لاغيا و قد عرفت أن ظاهر الأدلهٔ و الأخبار الواردهٔ فى طلاق المكره و عتقه عدم اعتبار العجز عن التوريهٔ.

[أقسام الإكراه على الطلاق و أحكامها]

و توضيح الأقسام المتصورهٔ فى الفرع المذكور أن الإكراه الملحق بوقوع الطلاق قصدا إليه راضيا به إما أن لا يكون له دخل فى الفعل أصلا بأن يوقع الطلاق قصدا إليه عن طيب النفس بحيث لا يكون الداعى إليه هو الإكراه لبنائه على تحمل الضرر المتوعد به و لا يخفى بداههٔ وقوع الطلاق هنا و عدم جواز حمل الفرع المذكور عليه فلا معنى لجعله فى التحرير أقرب و ذكر احتمال عدم الوقوع فى المسالك و جعله قولا فى نهايهٔ المرام و استشكاله فيه لعموم النص و الإجماع. و كذا لا ينبغى التأمل فى وقوع الطلاق لو لم يكن الإكراه مستقلا فى داعى الوقوع بل هو بضميمهٔ شيء اختيارى للفاعل و إن كان الداعى هو الإكراه فإما أن يكون الفعل لا من جههٔ التخلص عن الضرر المتوعد به بل من جههٔ دفع الضرر اللاحق للمكره بالكسر كمن قال له ولده طلق زوجتك و إلا قتلتك أو قتلت نفسى فطلق الوالد خوفا من قتل الولد نفسه أو قتل الغير له إذا تعرض لقتل والده أو كان الداعى على الفعل شفقهٔ دينيهٔ على المكره

بالكسر أو على المطلقة أو على غيرهما ممن يريد نكاح الزوجة لئلا يقع الناس فى محرم و الحكم فى الصورتين لا يخلو عن إشكال. و إن كـان الفعل لـداعى التخلص من الضـرر فقـد يكون قصـد الفعل لأجل اعتقاد المكره أن الحـذر لا يتحقق إلا بإيقاع الطلاق حقيقة لغفلتـه عن أن التخلص غير متوقـف على القصـد إلى وقـوع أثر الطلاـق و حصـول البينونـة فيـوطن نفسه على رفع اليـد عن الزوجـة و الإعراض عنها فيوقع الطلاق قاصدا و هذا كثيرا ما يتفق للعوام. و قد يكون هذا التوطين و الإعراض من جهة جهله بالحكم الشـرعى أو كونه رأى مـذهب بعض العامـة فزعم أن الطلاق يقع مع الإكراه فإذا أكره على الطلاق فقـد طلق قاصـدا لوقوعه لأن القصـد إلى اللفظ المكره عليه بعد اعتقاد كونه سـببا مسـتقلا فى وقوع البينونة يسـتلزم القصد إلى وقوعها فيرضـى نفسه بذلك و يوطنها عليه و هذا أيضا كثيرا ما يتفق للعوام و الحكم فى هاتين الصورتين لا يخلو عن إشكال إلا أن تحقق الإكراه أقرب

[عقد المكره لو تعقبه الرضا]

[الاستدلال على الصحة]

ثم إن المشـهور بين المتأخرين أنه لو رضـى المكره بما فعله صـح العقد بل عن الرياض تبعا للحدائق أن عليه اتفاقهم لأنه عقد حقيقى فيـؤثر أثره مع اجتمـاع بـاقى شـرائط الـبيع و هـو طيب النفس. و دعوى اعتبـار مقارنـة طيب النفس للعقـد خاليـة عن الشاهـد مـدفوعة بالإطلاقات

المكاسب، ج۲، ص ۱۲۲

و أضـعف منها دعوى اعتبارها فى مفهوم العقـد- اللازم منه عـدم كون عقـد الفضولى عقـدا حقيقة و أضـعف من الكل دعوى اعتبار طيب نفس العاقـد فى تأثير عقـده اللازم منه عـدم صـحة بيع المكره بحق و كون إكراهه على العقـد تعبديا لا لتأثير فيه و يؤيده فحوى صحـة عقـد الفضولى حيث إن المالـک طيب النفس بوقوع أثر العقـد و غير منشـئ للنقـل بكلاـمه. و إمضاء إنشاء الغير ليس إلا طيب النفس بمضمونه و ليس إنشاء مستأنفا مع أنه لو كان فهو موجود هنا فلم يصدر من المالك هنالك إلا طيب النفس بانتقاله متأخرا عن إنشاء العقـد و هـذا موجود فيما نحن فيه مع زائـد و هو إنشاؤه للنقل المـدلول عليه بلفظ العقد لما عرفت من أن عقده إنشاء حقيقى. و توهم أن عقد الفضولى واجد لما هو مفقود هنا و هو طيب نفس العاقد بما ينشؤه مدفوع بالقطع بأن طيب النفس لا أثر له لا فى صدق العقدية إذ يكفى فيه مجرد قصد الإنشاء المدلول عليه باللفظ المسـتعمل فيه و لا فى النقل و الانتقال لعدم مدخلية غير المالك فيه. نعم لو صـح مـا ذكر سابقا من توهم أن المكره لا قصـد له إلى مـدلول اللفظ أصـلا و أنه قاصـد نفس اللفظ الـذى هو بمعنى الصوت كما صرح به بعض صح أنه لا يجدى تعقب الرضا إذ لا عقد حينئذ لكن عرفت سابقا أنه خلاف المقطوع من النصوص و الفتاوى فراجع

[ما استدل به على البطلان و المناقشة فيه]

فظهر مما ذكرنا ضـعف وجه التأمل فى المسألة كما عن الكفاية و مجمع الفائدة تبعا للمحقق الثانى فى جامع المقاصد و إن انتصر لهم بعض من تأخر عنهم بقوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ الدال على اعتبار كون العقد عن التراضـى مضافا إلى النبوى المشـهور الـدال على رفع حكم الإكراه مؤيـدا بالنقض بالهازل مع أنهم لم يقولوا بصـحته بعد لحوق الرضا و الكل كما ترى لأن دلالة الآية على اعتبار وقوع العقد عن التراضـى إما بمفهوم الحصـر و إما بمفهوم الوصف و لا حصـر كما لا يخفى لأن الاسـتثناء منقطع و غير مفرغ. و مفهوم الوصف على القول به مقيـد بعـدم ورود الوصف مورد الغـالب كمـا فى رَبـائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ و دعوى وقوعه هنا مقام الاحتراز ممنوعة و سيجىء زيادة توضيـح لعدم دلالة الآية على اعتبار سبق التراضى فى البيع الفضولى. و أما حديث الرفع ففيه أولا أن المرفوع فيه هى المؤاخذة و الأحكام المتضـمنة لمؤاخذة المكره و إلزامه بشـىء و الحكم بوقوف عقده على رضاه راجع إلى أن له أن

يرضى بذلك و هذا حق له لا عليه. نعم قد يلزم الطرف الآخر بعدم الفسخ حتى يرضى المكره أو يفسخ و هذا إلزام لغيره و الحديث لا يرفع المؤاخذة و الإلزام عن غير المكره كما تقدم و أما إلزامه بعد طول المدة باختيار البيع أو فسخه فهو من توابع الحق الثابت له بالإكراه لا من أحكام الفعل المتحقق على وجه الإكراه ثم إن ما ذكرنا واضح على القول بكون الرضا ناقلا و كذلك على القول بالكشف بعد التأمل. و ثانيا أنه يدل على أن الحكم الثابت للفعل المكره عليه لو لا الإكراه يرتفع عنه إذا وقع مكرها عليه كما هو معنى رفع الخطأ و النسيان أيضا و هذا المعنى موجود فيما نحن فيه لأن أثر العقد الصادر من المالك مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه سبب مستقل لنقل المال و من المعلوم انتفاء هذا الأثر بسبب الإكراه و هذا الأثر الناقص المترتب عليه مع الإكراه العلة التامة للملكية لم يكن ثابتا للفعل مع قطع النظر عن الإكراه ليرتفع به إذ المفروض أن الجزئية ثابتة له بوصف الإكراه فكيف يعقل ارتفاعه بالإكراه و بعبارة أخرى أن اللزوم الثابت للعقد مع قطع النظر عن اعتبار عدم الإكراه هو اللزوم المنفى بهذا الحديث و المدعى ثبوته للعقد بوصف الإكراه هو وقوفه على رضا المالك و هذا غير مرتفع بالإكراه لكن يرد على هذا أن مقتضى حكومة الحديث على الإطلاقات هو تقيدها بالمسبوقية بطيب النفس فلا يجوز الاستناد إليها لصحة بيع المكره و وقوفه على الرضا اللاحق فلا يبقى دليل على صحة بيع المكره فيرجع إلى أصالة الفساد. و بعبارة أخرى أن أدلة صحة البيع تدل على سببية مستقلة فإذا قيدت بغير المكره لم يبق لها دلالة على حكم المكره بل لو كان هنا ما يدل على صحة البيع بالمعنى الأعم من السببية المستقلة كان دليل الإكراه حاكما عليه مقيدا له فلا ينفع اللهم إلا أن يقال إن الإطلاقات المقيدة للسببية المستقلة مقيدة بحكم الأدلة الأربعة المقتضية لحرمة أكل المال بالباطل و مع عدم طيب النفس بالبيع المرضى به سبقه الرضا أو لحقه و مع ذلك فلا حكومة للحديث عليها إذ البيع المرضى به سابقا لا يعقل عروض الإكراه له. و أما المرضى به بالرضا اللاحق فإنما يعرضه الإكراه من حيث ذات الموصوف و هو أصل البيع قبل الرضا و لا نقول بتأثيره بل مقتضى الأدلة الأربعة مدخلية الرضا في تأثيره و وجوب الوفاء به. فالإطلاقات بعد التقييد تثبت التأثير التام لمجموع العقد المكره عليه و الرضا به لاحقا و لازمه بحكم العقل كون العقد المكره عليه بعض المؤثر التام و هذا لا يرتفع بالإكراه لأن الإكراه مأخوذ فيه بالفرض [إلا أن يقال إن أدلة الإكراه كما ترفع السببية المستقلة [التي أفادتها الإطلاقات قبل التقييد كذلك ترفع مطلق الأثر عن العقد المكره عليه لأن التأثير الناقص أيضا استفيد من الإطلاقات بعد تقييدها بالرضا الأعم من اللاحق و هذا لا يفرق فيه أيضا بين جعل الرضا ناقلا أو كاشفا إذ على الأول يكون تمام المؤثر نفسه و على الثاني يكون الأمر المنتزع منه العارض للعقد و هو تعقبه للرضا و كيف كان فذات العقد المكره عليه مع قطع النظر عن الرضا أو تعقبه له لا يترتب عليه إلا كونه جزء المؤثر التام و هذا أمر عقلي قهري يحصل له بعد حكم الشارع بكون المؤثر التام هو المجموع منه و من الرضا أو وصف تعقبه له فتأمل.

بقي الكلام في أن الرضا المتأخر ناقل أو كاشف

مقتضى الأصل و عدم حدوث حل مال الغير إلا عن طيب نفسه هو الأول إلا أن الأقوى بحسب الأدلة النقلية هو الثاني كما سيجيء في مسألة الفضولي و ربما يدعى أن مقتضى الأصل هنا و في الفضولي هو الكشف لأن مقتضى الرضا بالعقد السابق هو الرضا بما أفاده من نقل الملك حين صدوره فإمضاء الشارع للرضا بهذا المعنى و هو النقل من حين العقد و ترتب الآثار عليه لا يكون إلا بالحكم بحصول الملك في زمان النقل. و فيه أن مفاد العقد السابق ليس النقل من حينه بل نفس النقل إلا أن إنشاءه لما كان في زمان التكلم فإن كان ذلك الإنشاء مؤثرا في نظر الشارع في زمان التكلم حدث الأثر فيه و إن كان مؤثرا بعد حصول أمر حدث الأثر بعده. فحصول النقل في نظر الشارع يتبع زمان حكمه الناشئ من

المكاسب، ج ۲، ص ۱۲۳

اجتماع ما يعتبر في الحكم و لذلك كان الحكم بتحقق الملك بعد القبول أو بعد القبض في الصرف و السلم و الهبة أو بعد انقضاء

زمان الخيار على مذهب الشيخ غير مناف لمقتضى الإيجاب و لم يكن تبعيضا فى مقتضاه بالنسبة إلى الأزمنة. فإن قلت حكم الشارع بثبوت الملك و إن كان بعد الرضا إلا أن حكمه بذلك لما كان من جهة إمضائه للرضا بما وقع فكأنه حكم بعد الرضا بثبوت الملك قبله. قلت المراد هو الملك شرعا و لا معنى لتخلف زمانه عن زمان الحكم الشرعى بالملك و سيأتى توضيح ذلك فى البيع الفضولى إن شاء الله. و إن شئت توضيح ما ذكرنا فلاحظ مقتضى فسخ العقد– فإنه و إن كان حلا للعقد السابق و جعله كأن لم يكن إلا أنه لا ترتفع به الملكية السابقة على الفسخ لأن العبرة بزمان حدوثه لا بزمان متعلقة ثم على القول بالكشف هل للطرف غير المكره أن يفسخ قبل رضا المكره أم لا يأتى بيانه فى الفضولى إن شاء الله.

مسألة و من شروط المتعاقدين إذن السيد لو كان العاقد عبدا

اشارة

فلا يجوز للمملوك أن يوقع عقدا إلا بإذن سيده سواء أ كان لنفسه فى ذمته أو بما فى يده أم لغيره

[الدليل على هذا الشرط]

لعموم أدلة عدم استقلاله فى أموره. قال الله تعالى ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوكاً لا يَقْدِرُ عَلى شَيْءٍ. و عن الفقيه بسنده إلى زرارة عن أبى جعفر و أبى عبد الله ع قالا: المملوك لا يجوز نكاحه و لا طلاقه إلا بإذن سيده قلت فإن كان السيد زوجه بيد من الطلاق قال بيد السيد ضَرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوكاً لا يَقْدِرُ عَلى شَيْءٍ فشىء الطلاق. و الظاهر من القدرة خصوصا بقرينة الرواية هو الاستقلال إذ المحتاج إلى غيره فى فعل غير قادر عليه فيعلم عدم استقلاله فيما يصدق عليه أنه شىء فكل ما صدر عنه من دون مدخلية المولى فهو شرعا بمنزلة العدم لا يترتب عليه الأثر المقصود منه لا أنه لا يترتب عليه حكم شرعى أصلا كيف و أفعال العبيد موضوعات لأحكام كثيرة كالأحرار

[هل ينفذ إنشاء العبد إذا لحقته إجازة السيد]

اشارة

و كيف كان فإنشاءات العبد لا يترتب عليه آثارها من دون إذن المولى– أما مع الإذن السابق فلا إشكال و أما مع الإجازة اللاحقة فيحتمل عدم الوقوع لأن المنع فيه ليس من جهة العوضين– الذين يتعلق بهما حق المجيز فله أن يرضى بما وقع على ماله من التصرف فى السابق و أن لا يرضى بل المنع من جهة راجعة إلى نفس الإنشاء الصادر و ما صدر على وجه لا يتغير منه بعده و بتقرير آخر أن الإجازة إنما تتعلق بمضمون العقد و حاصله أعنى انتقال المال بعوض و هذا فيما نحن فيه ليس منوطا برضا المولى قطعا إذ المفروض أنه أجنبى عن العوضين و إنما له حق فى كون إنشاء هذا المضمون قائما بعبده فإذا وقع على وجه يستقل به العبد فلحوق الإجازة لا يخرجه عن الاستقلال الواقع عليه قطعا

[مختار المؤلف و دليله]

إلا أن الأقوى هو لحوق إجازة المولى لعموم أدلة الوفاء بالعقود و المخصص إنما دل على عدم ترتب الأثر على عقد العبد من دون مدخلية المولى أصلا سابقا و لاحقا لا مدخلية إذنه السابق و لو شك أيضا وجب الأخذ بالعموم فی مورد الشك. و تؤيد إرادة الأعم من الإجازة الصحيحة السابقة فإن جواز النكاح يكفيه لحوق الإجازة. فالمراد بالإذن هو الأعم إلا أنه خرج الطلاق بالدليل و لا يلزم تأخير البيان لأن الكلام المذكور مسوق لبيان نفی استقلال العبد فی الطلاق بحيث لا يحتاج إلى رضا المولى أصلا بل و مع كراهة المولى كما يرشد إليه التعبير عن السؤال بقوله بيد من الطلاق.

[ما يؤيد المختار]

و يؤيد المختار بل يدل عليه ما ورد فی صحة نكاح العبد الواقع بغير إذن المولى إذا أجازه معللا بأنه لم يعص الله تعالى و إنما عصى سيده فإذا أجاز جاز بتقريب أن الرواية تشمل ما لو كان العبد هو العاقد على نفسه و حمله على ما إذا عقد الغير له مناف لترك الاستفصال مع أن تعليل الصحة بأنه لم يعص الله تعالى إلى آخره فی قوة أن يقال إنه إذا عصى الله بعقد كعقد على ما حرم الله تعالى على ما مثل به الإمام ع فی روايات أخرى واردة فی هذه المسألة كان العقد باطلا لعدم تصور رضا الله تعالى بما سبق من معصيته أما إذا لم يعص الله و عصى سيده أمكن رضا سيده فيما بعد بما لم يرض به سابقا فإذا رضی به و أجاز صح. فيكون الحاصل أن معيار الصحة فی معاملة العبد بعد كون المعاملة فی نفسها مما لم ينه عنه الشارع هو رضا سيده بوقوعه سابقا أو لاحقا و أنه إذا عصى سيده بمعاملة ثم رضی السيد بها صح و أن ما قاله المخالف من أن معصية السيد لا يزول حكمها برضاه بعده و أنه لا ينفع الرضا اللاحق كما نقله السائل عن طائفة من العامة غير صحيح فافهم و اغتنم و من ذلك يعرف أن استشهاد بعض بهذه الروايات على صحة عقد العبد و إن لم يسبقه إذن و لم يلحقه إجازة بل و مع سبق النهی أيضا لأن غاية الأمر هو عصيان العبد و إثمه فی إيقاع العقد و التصرف فی لسانه الذی هو ملك للمولى لكن النهی مطلقا لا- يوجب الفساد خصوصا النهی الناشئ عن معصية السيد كما يومئ إليه هذه الأخبار الدالة على أن معصية السيد لا تقدح بصحة العقد فی غير محله بل الروايات ناطقة كما عرفت بأن الصحة من جهة ارتفاع كراهة المولى و تبدله بالرضا بما فعله العبد و ليست كراهة الله عز و جل بحيث يستحيل رضاه بعد ذلك بوقوعه السابق فكأنه قال لم يعص الله حتى يستحيل تعقبه للإجازة و الرضا و إنما عصى سيده فإذا أجاز جاز فقد علق الجواز صريحا على الإجازة. و دعوى أن تعليق الصحة على الإجازة من جهة مضمون العقد و هو التزويج المحتاج إلى إجازة السيد إجماعا لا نفس إنشاء العقد حتى لو فرضناه للغير يكون محتاجا إلى إجازة مولى العاقد مدفوعة بأن المنساق من الرواية إعطاء قاعدة كلية بأن رضا المولى بفعل العبد بعد وقوعه يكفی فی كل ما يتوقف على مراجعة السيد و كان فعله من دون مراجعته أو مع النهی عنه معصية له و المفروض أن نفس العقد من هذا القبيل. ثم إن ما ذكره من عصيان العبد بتصرفه فی لسانه و أنه لا يقتضی الفساد يشعر بزعم أن المستند فی بطلان عقد العبد لغيره هو حرمة تلفظه بألفاظ العقد من دون رضا المولى و فيه أولا منع حرمة هذه التصرفات الجزئية للسيرة المستمرة على مكالمة العبيد

المكاسب، ج۲، ص ۱۲۴

و نحو ذلك من المشاغل الجزئية. و ثانيا بداهة أن الحرمة فی مثل هذه لا توجب الفساد فلا يظن استناد العلماء فی الفساد إلى الحرمة. و ثالثا أن الاستشهاد بالرواية لعدم كون معصية السيد بالتكلم بألفاظ العقد و التصرف فی لسانه قادحا فی صحة العقد غير صحيح لأن مقتضاه أن التكلم إن كان معصية لله تعالى يكون مفسدا مع أنه لا يقول به أحد فإن حرمة العقد من حيث إنه تحريك اللسان كما فی الصلاة و القراءة المضيقة و نحوهما لا يوجب فساد العقد إجماعا. فالتحقيق أن المستند فی الفساد هو الآية المتقدمة و الروايات الواردة فی عدم جواز أمر العبد و مضيه مستقلا و أنه ليس له من الأمر شیء.

فرع لو أمر العبد آمر أن يشترى نفسه من مولاه- فباعه مولاه صح و لزم

بناء على كفاية رضا المولى الحاصل من تعريضه للبيع من إذنه الصريح بل يمكن جعل نفس الإيجاب موجبا للإذن الضمنى و لا يقدح عدم قابلية المشترى للقبول فى زمان الإيجاب لأن هذا الشرط ليس على حد غيره من الشروط المعتبرة فى كل من المتعاقدين من أول الإيجاب إلى آخر القبول بل هو نظير إذن مالك الثمن فى الاشتراء حيث يكفى تحققه بعد الإيجاب و قبل القبول الذى بنى المشترى على إنشائه فضولا. و عن القاضى البطلان فى المسألة مستدلا عليه باتحاد عبارته مع عبارة السيد فيتحد الموجب و القابل و فيه مع اقتضائه المنع لو أذن له السيد سابقا منع الاتحاد أولا و منع قدحه ثانيا هذا إذا أمره الأمر بالاشتراء من مولاه فإن أمره بالاشتراء من وكيل المولى فعن جماعة منهم المحقق و الشهيد الثانيان أنه لا يصح لعدم الإذن من المولى. و ربما قيل بالجواز حينئذ أيضا بناء على ما سبق منه من أن المنع لأجل النهى و هو لا يستلزم الفساد و فيه ما عرفت أن وجه المنع هو أدلة عدم استقلال العبد فى شىء لا منعه عن التصرف فى لسانه فراجع ما تقدم و الله أعلم.

مسألة و من شروط المتعاقدين أن يكونا مالكين أو مأذونين من المالك أو الشارع

اشارة

فعقد الفضولى لا يصح أى لا يترتب عليه ما يترتب على عقد غيره من اللزوم و هذا مراد من جعل الملك و ما فى حكمه شرطا ثم فرع عليه بأن بيع الفضولى موقوف على الإجازة كما فى القواعد فاعتراض جامع المقاصد عليه بأن التفريع فى غير محله لعله فى غير محله و كيف كان فالمهم التعرض لمسألة عقد الفضولى التى هى من أهم المسائل

[اختلاف الفقهاء فى صحة عقد الفضولى و اتفاقهم على بطلان إيقاعه

فنقول اختلف الأصحاب و غيرهم فى بيع الفضولى بل مطلق عقده بعد اتفاقهم على بطلان إيقاعه كما فى غاية المراد على أقوال.

[المراد بالفضولى

و المراد بالفضولى كما ذكره الشهيد هو كامل غير المالك للتصرف و لو كان غاصبا. و فى كلام بعض العامة أنه العاقد بلا إذن من يحتاج إلى إذنه و قد يوصف به نفس العقد و لعله تسامح و كيف كان فيشمل العقد الصادر من البكر الرشيدة بدون إذن الولى و من المالك إذا لم يملك التصرف لتعلق حق الغير بالمال كما يومئ إليه استدلالهم لفساد الفضولى بما دل على المنع من نكاح البكر الرشيدة بغير إذن وليها و حينئذ فيشمل بيع الراهن و السفيه و نحوهما و بيع العبد بدون إذن السيد

[هل العقد المقرون برضا المالك من دون إذن منه فضولى

و كيف كان فالظاهر شموله لما إذا تحقق رضا المالك للتصرف باطنا و طيب نفسه بالعقد من دون حصول إذن منه صريحا أو فحوى لأن العاقد لا يصير مالكا للتصرف و مسلطا عليه بمجرد علمه برضا المالك. و يؤيده اشتراطهم فى لزوم العقد كون العاقد مالكا أو مأذونا أو وليا و فرعوا عليه بيع الفضولى. و يؤيده أيضا استدلالهم على صحة الفضولى بحديث عروة البارقى مع أن الظاهر علمه برضا النبى ص بما يفعله و إن كان الذى يقوى فى النفس لو لا خروجه عن ظاهر الأصحاب- عدم توقفه على الإجازة اللاحقة بل يكفى فيه

رضا المالک المقرون بالعقد سواء علم به العاقد أو انکشف بعد العقد حصوله حینه أو لم ینکشف أصلا فیجب علی المالک فیما بینه و بین الله تعالی إمضاء ما رضی به و یرتب الآثار علیه لعموم وجوب الوفاء بالعقود. و قوله تعالی إِلَّا أَنْ تَکُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و لا یحل مال امرئ مسلم إلا عن طیب نفسه. و ما دل علی علم المولی بنکاح العبد و سکوته إقرار منه و روایة عروة البارقی الآتیة حیث أقبض المبیع و قبض الدینار لعلمه برضا النبی ص و لو کان فضولیا موقوفا علی الإجازة لم یجز التصرف فی المعوض و العوض بالقبض و الإقباض و تقریر النبی ص له علی ما فعل دلیل علی جوازه هذا مع أن کلمات الأصحاب فی بعض المقامات یظهر منها خروج هذا الفرض عن الفضولی و عدم وقوفه علی الإجازة مثل قولهم فی الاستدلال علی الصحة إن الشرائط کلها حاصلة إلا رضا المالک. و قولهم إن الإجازة لا یکفی فیها السکوت لأنه أعم من الرضا و نحو ذلک ثم لو سلم کونه فضولیا لکن لیس کل فضولی یتوقف لزومه علی الإجازة لأنه لا دلیل علی توقفه مطلقا علی الإجازة اللاحقة کما هو أحد الاحتمالات فیمن باع ملک غیره ثم ملکه مع أنه یمکن الاکتفاء فی الإجازة بالرضا الحاصل بعد البیع المذکور آنا ما إذ وقوعه برضاه لا ینفک عن ذلک مع الالتفات ثم إنه لو أشکل فی عقود غیر المالک فلا ینبغی الإشکال فی عقد العبد نکاحا أو بیعا مع العلم برضا السید و لو لم یأذن له لعدم تحقق المعصیة التی هی مناط المنع فی الأخبار و عدم منافاته لعدم استقلال العبد فی التصرف

ثم اعلم أن الفضولی قد یبیع للمالک و قد یبیع لنفسه و علی الأول فقد لا یسبقه منع من المالک و قد یسبقه المنع.

فهنا مسائل ثلاث

الأولی أن یبیع للمالک مع عدم سبق منع من المالک

اشارة

- و هذا هو المتیقن من عقد الفضولی

و المشهور الصحة

اشارة

بل فی التذکرة نسبها إلی علمائنا تارة صریحا و أخری ظاهرا بقوله عندنا إلا أنه ذکر عقیب ذلک أن لنا فیه قولا بالبطلان. و فی غایة المراد حکی الصحة عن العمانی و المفید و المرتضی و الشیخ فی النهایة و سلار و الحلبی و القاضی و ابن حمزة و حکی عن الإسکافی و استقر علیها رأی من تأخر عدا فخر الدین و بعض متأخری المتأخرین کالأردبیلی و السید الداماد و بعض متأخری المتأخرین

[مقتضی العمومات الصحة]

لعموم أدلة البیع و العقود لأن خلوه عن إذن المالک لا یوجب سلب اسم العقد و البیع عنه و اشتراط ترتب الأثر بالرضا و توقفه علیه أیضا لا مجال لإنکاره فلم یبق الکلام إلا فی اشتراط سبق الإذن و حیث لا دلیل علیه فمقتضی الإطلاقات عدمه و مرجع ذلک کله إلی عموم حل البیع و وجوب الوفاء بالعقد خرج منه العاری عن الإذن و

المکاسب، ج۲، ص ۱۲۵

الإجازة معا و لم یعلم خروج ما فقد الإذن و لحقه الإجازة و إلی ما ذکرنا یرجع استدلالهم بأنه عقد صدر من أهله وقع فی محله. فما

ذكره فى غاية المراد من أنه من باب المصادرات لم أتحقق وجهه لأن كون العاقد أهلا للعقد من حيث إنه بالغ عاقل لا كلام فيه و كذا كون المبيع قابلا- للبيع فليس محل الكلام إلا- خلو العقد عن مقارنة إذن المالك و هو مدفوع بالأصل و لعل مراد الشهيد أن الكلام فى أهلية العاقد و يكتفى فى إثباتها بالعموم المتقدم.

[الاستدلال للصحة بقضية عروة البارقى و المناقشة فيه

و قد اشتهر الاستدلال عليه: بقضية عروة البارقى حيث دفع إليه النبى ص دينارا و قال له اشتر لنا به شاة للأضحية فاشترى به شاتين ثم باع إحداهما فى الطريق بدينار فأتى النبى ص بالشاة و الدينار فقال له رسول الله ص بارك الله لك فى صفقة يمينك فإن بيعه وقع فضولا و إن وجهنا شراءه على وجه يخرج عن الفضولى- هذا و لكن لا يخفى أن الاستدلال بها يتوقف على دخول المعاملة- المقرونة برضا المالك فى بيع الفضولى. توضيح ذلك أن الظاهر علم عروة برضا النبى ص بما يفعل و قد أقبض المبيع و قبض الثمن و لا ريب أن الإقباض و القبض فى بيع الفضولى حرام لكونه تصرفا فى مال الغير فلا بد إما من التزام أن عروة فعل الحرام فى القبض و الإقباض و هو مناف لتقرير النبى ص و إما من القول بأن البيع الذى يعلم تعقبه للإجازة يجوز التصرف فيه قبل الإجازة بناء على كون الإجازة كاشفة و سيجىء ضعفه فيدور الأمر بين ثالث و هو جعل هذا الفرد من البيع و هو المقرون برضا المالك خارجا عن الفضولى كما قلناه. و رابع و هو علم عروة برضا النبى ص بإقباض ماله للمشترى حتى يستأذن و علم المشترى بكون البيع فضوليا حتى يكون دفعه للثمن بيد البائع على وجه الأمانة و إلا فالفضولى ليس مالكا و لا وكيلا فلا يستحق قبض المال فلو كان المشترى عالما فله أن يستأمنه على الثمن حتى ينكشف الحال بخلاف ما لو كان جاهلا و لكن الظاهر هو أول الوجهين كما لا يخفى خصوصا بملاحظة أن الظاهر وقوع تلك المعاملة على جهة المعاطاة- . و قد تقدم أن المناط فيها مجرد المراضاة و وصول كل من العوضين إلى صاحب الآخر و حصوله عنده بإقباض المالك أو غيره و لو كان صبيا أو حيوانا فإذا حصل التقابض بين الفضوليين أو فضولى و غيره مقرونا برضا المالكين ثم وصل كل من العوضين إلى صاحب الآخر و علم برضا صاحبه كفى فى صحة التصرف و ليس هذا من معاملة الفضولى لأن الفضولى صار آلة فى الإيصال و العبرة برضا المالك المقرون به

[الاستدلال للصحة بصحيحة محمد بن قيس

اشارة

و استدل له أيضا تبعا للشهيد فى الدروس بصحيحة محمد ابن قيس عن أبى جعفر الباقر ع قال: قضى أمير المؤمنين ع فى وليدة باعها ابن سيدها و أبوه غائب فاستولدها الذى اشتراها فولدت منه فجاء سيدها فخاصم سيدها الآخر فقال وليدتى باعها ابنى بغير إذنى فقال ع الحكم أن يأخذ وليدته و ابنها فناشده الذى اشتراها فقال له خذ ابنه الذى باعك الوليدة حتى ينفذ البيع لك فلما رءاه أبوه قال له أرسل ابنى قال لا و الله لا أرسل ابنك حتى ترسل ابنى فلما رأى ذلك سيد الوليدة أجاز بيع ابنه الحديث قال فى الدروس و فيها دلالة على صحة الفضولى و أن الإجازة كاشفة

[المناقشة فى الاستدلال بصحيحة محمد بن قيس

و لا يرد عليها شىء مما يوهن الاستدلال بها فضلا عن أن يسقطها و جميع ما ذكر فيها من الموهنات موهونة- إلا ظهور الرواية فى تأثير الإجازة المسبوقة بالرد من جهة ظهور المخاصمة فى ذلك. و إطلاق حكم الإمام ع بتعيين أخذ الجارية و ابنها من المالك بناء على أنه لو لم يرد البيع وجب تقييد الأخذ بصورة اختيار الرد و مناشدة المشترى للإمام ع و إلحاحه إليه فى علاج فكاك ولده. و قوله

حتی ترسل ابنی الظاهر فی أنه حبس الولـد و لو علی قیمته یوم الولادة و حمل إمساکه الولیدة علی حبسـها لأجل ثمنها کحبس ولدها علی القیمـة ینـافیه قوله ع فلمـا رأی ذلـک سـید الولیـدة أجـاز بیع الولیـدة. و الحاصـل أن ظهور الروایـة فی رد البیع أولا مما لا ینکره المنصف إلاـ أن الإنصـاف أن ظهور الروایـة فی أن أصـل الإجـازة مجدیـة فی الفضولی مع قطع النظر عن الإجازة الشخصـیة فی مورد الروایـة غیر قابل للإنکار فلا بد من تأویل ذلک الظاهر لقیام القرینة و هی الإجماع علی اشتراط الإجازة بعدم سـبق الرد. و الحاصل أن مناط الاسـتدلال لو کان نفس القضـیة الشخصـیة من جهة اشـتمالها علی تصحیح بیع الفضولی بالإجازة بناء علی قاعدة اشتراک جمیع القضایا المتحدة نوعا فی الحکم الشـرعی کان ظهورها فی کون الإجازة الشخصـیة فی تلک القضـیة مسـبوقة بالرد مانعا عن الاستدلال بها موجبا للاقتصار علی موردها لوجه علمه الإمام ع مثل کون مالک الولیـدة کاذبا فی دعوی عـدم الإذن للولـد فاحتال ع حیلة یصـل بها الحق إلی صاحبه

[توجیه الاستدلال بصحیحة محمد بن قیس

و أما لو کان مناط الاسـتدلال ظهور سـیاق کلام الأمیر ع فی قوله خـذ ابنه حتی ینفـذ لک البیع. و قول الباقر ع فی مقام الحکایـة فلما رأی ذلـک سـید الولیـدة أجـاز بیـع ابنه فی أن للمالـک أن یجیز العقـد الواقـع علی ملکه و ینفـذه لم یقـدح فی ذلـک ظهور الإجـازة الشخصـیة فی وقوعها بعد الرد فیئول ما یظهر منه الرد بإرادة عدم الجزم بالإجازة و الرد أو کون حبس الولیدة علی الثمن أو نحو ذلک و کأنه قد اشتبه مناط الاستدلال علی من لم یستدل بها فی مسألة الفضولی أو یکون الوجه فی الإغماض عنها ضعف الدلالة المذکورة فإنها لا تزیـد علی الإشـعار- و لـذا لم یـذکرها فی الدروس فی مسألة الفضولی بل ذکرها فی موضع آخر لکن الفقیه فی غنی عنه بعد العمومات المتقدمة.

[الاستدلال لصحة بیع الفضولی بفحوی صحة نکاحه

اشارة

و ربما یسـتدل أیضا بفحوی صـحة عقـد النکاح من الفضولی فی الحر و العبد- الثابتة بالنص و الإجماعات المحکیة فإن تملیک بضـع الغیر إذا لزم بالإجازة کان تملیک ماله أولی بـذلک مضافا إلی ما علم من شـدة الاهتمام فی عقـد النکاح لأنه یکون منه الولد کما فی بعض الأخبـار. و قـد أشـار إلی هـذه الفحوی فی غایـة المراد و اسـتدل بهـا فی الریـاض بـل قـال إنـه لولاهـا أشـکل الحکم من جهة الإجماعات المحکیة علی المنع و هو حسن

[المناقشة فی الاستدلال المذکور]

إلاـ أنهـا ربمـا توهن بـالنص الوارد فی الرد علی العامـة- الفـارقین بین تزویـج الوکیل المعزول مع جهله بالعزل و بین بیعه بالصـحة فی الثانی لأن المال له عوض و البطلان فی الأول لأن البضع لیس له عوض: حیث قال الإمام ع فی مقام ردهم و اشـتباههم فی وجه الفرق سبحان الله ما أجور هذا الحکم و أفسده فإن

المکاسب، ج۲، ص ۱۲۶

النکاح أولی و أجدر أن یحتاط فیه لأنه الفرج و منه یکون الولد الخبر و حاصله أن مقتضی الاحتیاط کون النکاح الواقع أولی بالصحة من حیث الاحتیاط المتأکد فی النکاح دون غیره فدل علی أن صـحة البیع تسـتلزم صحة النکاح بطریق أولی خلافا للعامة حیث عکسوا و حکموا بصـحة البیع دون النکاح فمقتضـی حکم الإمام ع أن صـحة المعاملة المالیة الواقعة فی کل مقام تسـتلزم صـحة النکاح الواقع بطریق أولی و حینئذ فلا یجوز التعدی من صـحة النکاح فی مسألة الفضولی إلی صـحة البیع لأن الحکم فی الفرع لا یستلزم الحکم فی

الأصل فی باب الأولویة و إلا لم یتحقق الأولویة کما لا یخفی. فالاستدلال بصحة النکاح علی صحة البیع مطابق لحکم العامة من کون النکاح أولی بالبطلان من جهة أن البضع غیر قابل للتدارک بالعوض بقی الکلام فی وجه جعل الإمام ع الاحتیاط فی النکاح هو إبقاؤه دون إبطاله مستدلا بأنه یکون منه الولد أن الأمر فی الفروج کالأموال دائر بین محذورین و لا احتیاط فی البین و یمکن أن یکون الوجه فی ذلک أن إبطال النکاح فی مقام الإشکال و الاشتباه یستلزم التفریق بین الزوجین علی تقدیر الصحة واقعا فتتزوج المرأة و یحصل الزنی بذات البعل- بخلاف إبقائه فإنه علی تقدیر بطلان النکاح لا یلزم منه إلا وطء المرأة الخالیة عن المانع و هذا أهون من وطء ذات البعل. فالمراد بالأحوط هو الأشد احتیاطا و کیف کان فمقتضی هذه الصحیحة أنه إذا حکم بصحة النکاح الواقع من الفضولی لم یوجب ذلک التعدی إلی الحکم بصحة بیع الفضولی. نعم لو ورد الحکم بصحة البیع أمکن الحکم بصحة النکاح لأن النکاح أولی بعدم الإبطال کما هو نص الروایة ثم إن الروایة و إن لم یکن لها دخل بمسألة الفضولی إلا أن المستفاد منها قاعدة کلیة هی أن إمضاء العقود المالیة یستلزم إمضاء النکاح من دون العکس الذی هو مبنی الاستدلال فی مسألة الفضولی-

[ما یؤید صحة بیع الفضولی

[ما ورد فی المضاربة]

هذا ثم إنه ربما یؤید صحة الفضولی بل یستدل علیها بروایات کثیرة وردت فی مقامات خاصة- مثل موثقة جمیل عن أبی عبد الله ع: فی رجل دفع إلی رجل مالا لیشتری به ضربا من المتاع مضاربة فاشتری غیر الذی أمره قال هو ضامن و الربح بینهما علی ما شرطه. و نحوها غیرها الواردة فی هذا الباب فإنها إن أبقیت علی ظاهرها من عدم توقف ملک الربح علی الإجازة کما نسب إلی ظاهر الأصحاب و عد هذا خارجا عن بیع الفضولی بالنص کما فی المسالک و غیره کان فیها استیناس لحکم المسألة من حیث عدم اعتبار إذن المالک سابقا فی نقل مال المالک إلی غیره و إن حملناها علی صورة رضا المالک بالمعاملة بعد ظهور الربح کما هو الغالب. و بمقتضی الجمع بین هذه الأخبار و بین ما دل علی اعتبار رضا المالک فی نقل ماله و النهی عن أکل المال بالباطل- اندرجت المعاملة فی الفضولی و صحتها فی خصوص المورد و إن احتمل کونها للنص الخاص إلا أنها لا تخلو عن تأیید للمطلب.

[ما ورد فی اتجار غیر الولی فی مال الیتیم

و من هذا القبیل الأخبار الواردة فی اتجار غیر الولی فی مال الیتیم و أن الربح للیتیم فإنها إن حملت علی صورة إجازة الولی کما هو صریح جماعة تبعا للشهید کان من أفراد المسألة و إن عمل بإطلاقها کما عن جماعة ممن تقدمهم خرجت عن مسألة الفضولی لکن یستأنس بها للمسألة بالتقریب المتقدم و ربما احتمل دخولها فی المسألة من حیث إن الحکم بالمضی إجازة إلهیة لاحقه للمعاملة فتأمل.

[روایة ابن أشیم

و ربما یؤید المطلب أیضا بروایة ابن أشیم الواردة: فی العبد المأذون الذی دفع إلیه مال لیشتری به نسمة و یعتقها و یحجه عن أبیه فاشتری أباه و أعتقه ثم تنازع مولی المأذون و مولی الأب و ورثة الدافع و ادعی کل منهم أنه اشتراه بماله فقال أبو جعفر ع یرد المملوک رقا لمولاه و أی الفریقین أقاموا البینة بعد ذلک علی أنه اشتراه بماله کان رقا له الخبر بناء علی أنه لو لا کفایة الاشتراء بعین المال- فی تملک المبیع بعد مطالبتهم المتضمنة لإجازة البیع لم یکن مجرد دعوی الشراء بالمال و لا إقامة البینة علیها کافیة فی تملک المبیع.

[صحيحة الحلبى

و مما تؤيد المطلب أيضا صحيحة الحلبى: عن الرجل يشترى ثوبا و لم يشترط على صاحبه شيئا- فكرهه ثم رده على صاحبه فأبى أن يقبله إلا بوضيعة قال لا يصلح له أن يأخذه بوضيعة فإن جهل فأخذه فباعه بأكثر من ثمنه يرد على صاحبه الأول ما زاد فإن الحكم برد ما زاد لا ينطبق بظاهره إلا على صحة بيع الفضولى لنفسه.

[موثقة عبد الله

و يمكن التأييد له أيضا بموثقة عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال: سألت أبا عبد الله ع عن السمسار يشترى بالأجر فيدفع إليه الورق فيشترط عليه أنك تأتى بما تشترى فما شئت أخذته و ما شئت تركته فيذهب فيشترى ثم يأتى بالمتاع فيقول خذ ما رضيت و دع ما كرهت قال لا- بأس الخبر بناء على أن الاشتراء من السمسار يحتمل أن يكون لنفسه ليكون الورق عليه قرضا فيبيع على صاحب الورق ما رضيه من الأمتعة و يوفيه دينه. و لا ينافى هذا الاحتمال فرض السمسار فى الرواية ممن يشترى بالأجر لأن وصفه بذلك باعتبار أصل حرفته و شغله لا- بملاحظة هذه القضية الشخصية. و يحتمل أن يكون لصاحب الورق بإذنه مع جعل خيار له على بائع الأمتعة فيلتزم بالبيع فيما رضى و يفسخه فيما كره و يحتمل أن يكون فضوليا عن صاحب الورق فيتخير ما يريد و يرد ما يكره و ليس فى مورد الرواية ظهور فى إذن صاحب الورق للسمسار على وجه ينافى كونه فضوليا كما لا يخفى فإذا احتمل مورد السؤال لهذه الوجوه و حكم الإمام ع بعدم البأس من دون استفصال عن المحتملات أفاد ثبوت الحكم على جميع الاحتمالات.

[أخبار نكاح العبد بدون إذن مولاه

و ربما يؤيد المطلب بالأخبار الدالة على عدم فساد نكاح العبد بدون إذن مولاه معللا بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده. و حاصله أن المانع من صحة العقد إذا كان لا يرجى زواله فهو الموجب لوقوع العقد باطلا و هو عصيان الله تعالى. و أما المانع الذى يرجى زواله كعصيان السيد فبزواله يصح العقد و رضا المالك من هذا القبيل فإنه لا يرضى أولا و يرضى ثانيا بخلاف سخط الله عز و جل بفعل فإنه يستحيل رضاه

[مختار المؤلف الصحة]

هذا غاية ما يمكن أن يحتج و يستشهد به للقول بالصحة و بعضها و إن كان مما يمكن الخدشة فيه إلا أن فى بعضها الآخر غنى و كفاية

و احتج للبطلان بالأدلة الأربعة.

أما الكتاب

فقوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ دل بمفهوم الحصر أو سياق التحديد على أن غير التجارة عن تراض أو التجارة لا عن تراض غير

المكاسب، ج۲، ص ۱۲۷

مبيح لأكل مال الغير و إن لحقها الرضا و من المعلوم أن الفضولى غير داخل فى المستثنى و فيه أن دلالته على الحصر ممنوعة لانقطاع الاستثناء كما هو ظاهر اللفظ و صريح المحكى عن جماعة من المفسرين ضرورة عدم كون التجارة عن تراض فردا من الباطل خارجا

عن حكمه. و أما سياق التحديد الموجب لثبوت مفهوم القيد فهو مع تسليمه مخصوص بما إذا لم يكن للقيد فائدة أخرى ككونه واردا مورد الغالب كما فيما نحن فيه. و في قوله تعالى وَ رَبائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مع احتمال أن يكون عن تراض خبرا بعد خبر لتكون على قراءة نصب التجارة لا قيدا لها و إن كانت غلبة وصف النكرة تؤيد التقييد فيكون المعنى إلا أن يكون سبب الأكل تجارة و يكون عن تراض و من المعلوم أن السبب الموجب لحل الأكل في الفضولي إنما نشأ عن التراضي مع أن الخطاب لملاك الأموال و التجارة في الفضولي إنما تصير تجارة المالك بعد الإجازة فتجارته عن تراض. و قد حكي عن المجمع أن مذهب الإمامية و الشافعية و غيرهم أن معنى التراضي بالتجارة إمضاء البيع بالتصرف أو التخاير بعد العقد و لعله يناسب ما ذكرنا من كون الظرف خبرا بعد خبر

و أما السنة

اشارة

فهي أخبار منها النبوي المستفيض: و هو قوله ص لحكيم بن حزام لا تبع ما ليس عندك- فإن عدم حضوره عنده كناية عن عدم تسلطه على تسليمه لعدم تملكه فيكون مساوقا للنبوي الآخر: لا بيع إلا فيما يملكك بعد قوله ص لا طلاق إلا فيما يملكك و لا عتق إلا فيما يملكك و لما ورد في توقيع العسكري ع إلى الصفار: لا يجوز بيع ما ليس يملكك و ما عن الحميري أن مولانا عجل الله فرجه كتب في جواب بعض مسائله: أن الضيعة لا يجوز ابتياعها إلا عن مالكها أو بأمره أو رضا منه و ما في الصحيح عن محمد بن مسلم الوارد: في أرض بفم النيل اشتراها رجل و أهل الأرض يقولون هي أرضنا و أهل الأستان يقولون هي أرضنا فقال لا تشترها إلا برضا أهلها و ما في الصحيح عن محمد بن القاسم بن الفضيل: في رجل اشترى من امرأة من آل فلان بعض قطائعهم و كتب عليها كتابا قد قبضت المال و لم تقبضه فيعطيها المال أم يمنعها قال قل له ليمنعها أشد المنع فإنها باعت ما لم تملكه

[المناقشة في الاستدلال بالروايات]

و الجواب عن النبوي أولا أن الظاهر من الموصول هي العين الشخصية للإجماع و النص على جواز بيع الكلي و من البيع البيع لنفسه لا عن مالك العين و حينئذ فإما أن يراد بالبيع مجرد الإنشاء فيكون دليلا على عدم جواز بيع الفضولي لنفسه فلا يقع له و لا للمالك بعد إجازته و إما أن يراد ما عن التذكرة من أن يبيع عن نفسه ثم يمضي ليشتريه من مالكه قال لأنه ص ذكره جوابا لحكيم بن حزام حيث سأله عن أن يبيع الشيء فيمضي و يشتريه و يسلمه فإن هذا البيع غير جائز و لا نعلم فيه خلافا للنهي المذكور و للغرر لأن صاحبها قد لا يبيعها انتهى. و هذا المعنى يرجع إلى المراد من روايتي خالد و يحيى الآتيتين في بيع الفضولي لنفسه و يكون بطلان البيع بمعنى عدم وقوع البيع للبائع بمجرد انتقاله إليه بالشراء فلا- ينافي أهليته لتعقب الإجازة من المالك. و بعبارة أخرى نهي المخاطب عن البيع دليل على عدم وقوعه مؤثرا في حقه فلا يدل على الغاية بالنسبة إلى المالك حتى لا تنفعه إجازة المالك في وقوعه له و هذا المعنى أظهر من الأول و نحن نقول به كما سيجيء. و ثانيا سلمنا دلالة النبوي على المنع لكنها بالعموم فيجب تخصيصه بما تقدم من الأدلة الدالة على تصحيح بيع ما ليس عند العاقد لمالكه إذا أجاز. و بما ذكرناه من الجوابين يظهر الجواب عن دلالة قوله لا بيع إلا في ملك فإن الظاهر منه كون المنفي هو البيع لنفسه و أن النفي راجع إلى نفي الصحة في حقه لا- في حق المالك مع أن العموم لو سلم وجب تخصيصه بما دل على وقوع البيع للمالك إذا أجاز. و أما الروايتان فدلالتهما على ما حملنا عليه السابقين أوضح و ليس فيهما ما يدل و لو بالعموم على عدم وقوع البيع الواقع من غير المالك له إذا أجاز. و أما الحصر في صحيحة ابن مسلم و التوقيع فإنما هو في مقابلة عدم رضا أهل الأرض و الضيعة رأسا على ما يقتضيه السؤال فيهما. و توضيحه أن النهي في مثل المقام و إن كان يقتضي الفساد إلا أنه بمعنى عدم ترتب الأثر المقصود من المعاملة عليه. و من المعلوم أن عقد الفضولي لا يترتب عليه بنفسه الملك المقصود منه و لذا يطلق عليه الباطل في عباراتهم كثيرا و لذا عد في الشرائع و القواعد من شروط المتعاقدين أعني شروط الصحة كون العاقد مالكا أو

قائما مقامه و إن أبيت إلا عن ظهور الروايتين فی لغویة عقد الفضولی رأسا وجب تخصيصهما بما تقدم من أدلة الصحة. و أما رواية القاسم بن فضيل فلا دلالة فيها إلا على عدم جواز إعطاء الثمن للفضولى لأنه باع ما لا يملك و هذا حق لا ينافى صحة الفضولى. و أما توقيع الصفار فالظاهر منه نفى جواز البيع فيما لا يملك بمعنى وقوعه للبائع على جهة الوجوب و اللزوم و يؤيده تصريحه ع بعد تلك الفقرة بوجوب البيع فيما يملك فلا دلالة على عدم وقوعه لمالكه إذا أجاز. و بالجملة فالإنصاف أنه لا دلالة فی تلك الأخبار بأسرها على عدم وقوع بيع غير المالك للمالك إذا أجاز و لا تعرض فيها إلا لنفى وقوعه للعاقد.

الثالث الإجماع على البطلان

ادعاه الشيخ فی الخلاف معترفا بأن الصحة مذهب قوم من أصحابنا معتذرا عن ذلك بعدم الاعتداد بخلافهم و ادعاه ابن زهرة أيضا فی الغنية و ادعى الحلی فی باب المضاربة عدم الخلاف فی بطلان شراء الغاصب إذا اشترى بعين المغصوب و الجواب عدم الظن بالإجماع بل الظن بعدمه بعد ذهاب معظم القدماء كالقديمين و المفيد و المرتضى و الشيخ بنفسه فی النهاية التی هی آخر مصنفاته على ما قيل و أتباعهم إلى الصحة و أتباع المتأخرين عليه عدا فخر الدين و بعض متأخرى المتأخرين.

الرابع ما دل من العقل و النقل على عدم جواز التصرف فی مال الغير إلا بإذنه

اشارة

فإن الرضا اللاحق لا ينفع فی رفع القبح الثابت حال التصرف ففی التوقيع المروى فی الاحتجاج: لا يجوز لأحد أن يتصرف فی مال غيره إلا بإذنه و لا ريب أن بيع مال الغير تصرف فيه عرفا.

[المناقشة فی دليل العقل

و الجواب أن العقد على مال الغير متوقعا لإجازته غير قاصد لترتب الآثار عليها ليس تصرفا فيه. نعم لو فرض كون العقد علة تامة و لو عرفا لحصول الآثار كما فی بيع المالك أو الغاصب المستقل كان حكم العقد جوازا و

المكاسب، ج۲، ص ۱۲۸

منعا حكم معلولة المترتب عليه ثم لو فرض كونه تصرفا فمما استقل العقل بجوازه- مثل الاستضاءة و الاصطلاء بنور الغير و ناره مع أنه قد يفرض الكلام فيما إذا علم الإذن فی هذا من المقال أو الحال بناء على أن ذلك لا يخرجه عن الفضولی مع أن تحريمه لا يدل على الفساد مع أنه لو دل لدل على بطلان البيع بمعنى عدم ترتب الأثر عليه و عدم استقلاله فی ذلك و لا ينكره القائل بالصحة خصوصا إذا كانت الإجازة ناقلة. و مما ذكرنا ظهر الجواب عما لو وقع العقد من الفضولی قاصدا لترتيب الأثر من دون مراجعة المشترى بناء على أن العقد المقرون بهذا القصد قبيح محرم لا نفس القصد المقرون بهذا العقد.

و قد يستدل للمنع بوجوه أخر ضعيفة

أقواها أن القدرة على التسليم معتبرة فی صحة البيع و الفضولی غير قادر و أن الفضولی غير قاصد حقيقة إلى مدلول اللفظ كالمكره كما صرح فی المسالك. و يضعف الأول مضافا إلى أن الفضولی قد يكون قادرا على إرضاء المالك بأن هذا الشرط غير معتبر فی العاقد قطعا بل يكفی تحققه فی المالك فحينئذ يشترط فی صحة العقد مع الإجازة قدرة المجيز على تسليمه و قدرة المشترى على تسليمه على ما سيجیء. و يضعف الثانی بأن المعتبر فی العقد هو هذا القدر من القصد الموجود فی الفضولی و المكره لا أزيد منه بدليل الإجماع على صحة نكاح الفضولی و بيع المكره بحق فإن دعوى عدم اعتبار القصد فی ذلك للإجماع كما ترى.

المسألة الثانیة أن یسبقه منع من المالک

و المشهور أیضا صحته

و حکی عن فخر الـدین أن بعض المجوزین للفضولی اعتبر عـدم سـبق نهی المالـک و یلوح إلیه مـا عن التـذکرة فی بـاب النکاح من حمل النبوی: أیما عبـد تزوج بغیر إذن مولاه فهو عاهر بعـد تضـعیف السـند علی أنه إن نکـح بعد منع مولاه و کراهته فإنه یقع باطلا و الظاهر أنه لا یفرق بین النکاح و غیره. و یظهر من المحقق الثانی حیث حمل فساد بیع الغاصب نظرا إلی القرینـة الدالة علی عدم الرضـا و هی الغصب و کیف کان فهـذا القول لا وجه له ظاهرا عدا تخیل أن المسـتند فی عقد الفضولی هی روایة عروة المختصة بغیر المقام و أن العقـد إذا وقع منهیا عنه فالمنع الموجود بعد العقد و لو آنا ما کاف فی الرد فلا ینفع الإجازة اللاحقة بناء علی أنه لا یعتبر فی الرد سوی عـدم الرضا الباطنی بالعقـد علی ما یقتضـیه حکم بعضـهم بأنه إذا حلف الموکل علی نفی الإذن فی اشتراء الوکیل انفسـخ العقد لأن الحلف علیه أمارة عدم الرضا

[مختار المؤلف و دلیله

هذا و لکن الأقوی عدم الفرق لعدم انحصار المستند حینئذ فی روایة عروة و کفایة العمومات مضافا إلی ترک الاستفصال فی صحیحة محمـد بن قیس و جریان فحوی أدلـة نکاح العبـد بـدون إذن مولاه مع ظهور المنع فیها و لو بشاهـد الحال بین الموالی و العبید مع أن روایـة إجازته صـریحة فی عـدم قـدح معصـیة السـید حینئـذ مع جریان المؤیـدات المتقدمة له من بیع مال الیتیم و المغصوب و مخالفة العامل لما اشترط علیه رب المال الصـریح فی منعه عما عـداه. و أما ما ذکره من المنع الباقی بعـد العقـد و لو آنا ما فلم یدل دلیل علی کونه فسـخا لا ینفع بعده الإجازة. و ما ذکره فی حلف الموکل غیر مسـلم و لو سـلم فمن جهة ظهور الإقدام علی الحلف علی ما أنکره فی رد البیع و عـدم تسـلیمه له. و مما ذکرنا یظهر وجه صـحة عقـد المکره بعـد الرضا و أن کراهـة المالک حال العقـد و بعد العقد لا تقدح فی صحته إذا لحقه الإجازة.

المسألة الثالثة أن یبیع الفضولی لنفسه

اشارة

و هذا غالبا یکون فی بیع الغاصب و قد یتفق من غیره بزعم ملکیة المبیع کما فی مورد صحیحة الحلبی المتقدمة فی الإقالة بوضیعة

[الأقوی الصحة و الدلیل علیه

و الأقوی فیه الصـحة وفاقا للمشهور للعمومات المتقدمة بالتقریب المتقدم و فحوی الصحة فی النکاح و أکثر ما تقدم من المؤیدات مع ظهور صحیحة ابن قیس المتقدمة

[الإشکال علی صحة هذا البیع من وجوه

اشارة

و لا وجه للفرق بينه و بين ما تقدم من الفضولى للمالک إلا وجوه تظهر من كلمات جماعة بعضها مختص ببيع الغاصب و بعضها مشترک بين جميع صور المسألة

منها إطلاق ما تقدم من النبويين:

لا تبع ما ليس عندک و: لا بيع إلا فى ملک بناء على اختصاص مورد الجميع ببيع الفضولى لنفسه. و الجواب عنه يعرف مما تقدم من أن مضمونهما عدم وقوع بيع غير المالک لبائعه غير المالک بلا تعرض فيهما لوقوعه و عدمه بالنسبة إلى المالک إذا أجاز.

و منها بناء المسألة على ما سبق من اعتبار عدم سبق منع المالک

و هذا غالبا مفقود فى المغصوب و قد تقدم عن المحقق الكركى أن الغصب قرينة عدم الرضا و فيه أولا أن الكلام فى الأعم من بيع الغاصب. و ثانيا أن الغصب أمارة عدم الرضا بالبيع للغاصب لا مطلقا فقد يرضى المالک ببيع الغاصب لتوقع الإجازة و تملک الثمن فليس فى الغصب دلالة على عدم الرضا بأصل البيع بل الغاصب و غيره من هذه الجهة سواء. و ثالثا قد عرفت أن سبق منع المالک غير مؤثر.

و منها أن الفضولى إذا قصد إلى بيع مال الغير لنفسه فلم يقصد حقيقة المعاوضة

إذ لا يعقل دخول أحد العوضين فى ملک من لم يخرج عن ملكه الآخر فالمعاوضة الحقيقية غير متصورة فحقيقته ترجع إلى إعطاء المبيع و أخذ الثمن لنفسه و هذا ليس بيعا و الجواب عن ذلک مع اختصاصه ببيع الغاصب- أن قصد المعاوضة الحقيقية مبنى على جعل الغاصب نفسه مالكا حقيقيا و إن كان هذا الجعل لا حقيقة له لكن المعاوضة المبنية على هذا الأمر غير الحقيقى حقيقية نظير المجاز الادعائى فى الأصول. نعم لو باع لنفسه من دون بناء على ملكية المثمن و لا اعتقاد له كانت المعاملة باطلة غير واقعة له و لا للمالک لعدم تحقق معنى المعاوضة و لذا ذكروا أنه لو اشترى بماله لغيره شيئا بطل و لم يقع له و لا لغيره و المراد ما لو قصد تملک الغير للمبيع بإزاء مال نفسه و قد تخيل بعض المحققين أن البطلان هنا يستلزم البطلان للمقام و هو ما لو باع مال غيره لنفسه لأنه عكسه و قد عرفت أن عكسه هو ما إذا قصد تملک الثمن من دون بناء و لا اعتقاد لتملک المثمن لأن مفروض الكلام فى وقوع المعاملة للمالک إذا أجاز.

و منها أن الفضولى إذا قصد البيع لنفسه فإن تعلقت إجازة المالک بهذا الذى قصده البائع كان منافيا لصحة العقد

لأن معناها هو صيرورة الثمن لمالک المثمن بإجازته و إن تعلقت بغير المقصود كانت بعقد مستأنف لا إمضاء النقل الفضولى فيكون النقل من المنشئ غير مجاز و المجاز غير منشأ و قد أجاب عن هذا المحقق القمى رحمه الله فى بعض أجوبة مسائله بأن الإجازة فى هذه الصورة مصححة للبيع لا بمعنى لحوق الإجازة لنفس العقد كما فى الفضولى المعهود بل بمعنى تبديل رضا الغاصب و بيعه لنفسه برضا المالک

المكاسب، ج۲، ص ۱۲۹

و وقوع البيع عنه و قال نظير ذلک فيما لو باع شيئا ثم ملكه. و قد صرح فى موضع آخر بأن حاصل الإجازة يرجع إلى أن العقد الذى قصد إلى كونه واقعا على المال المعين لنفس البائع الغاصب و المشترى العالم قد بدلته بكونه على هذا الملک بعينه لنفسى فيكون عقدا جديدا كما هو أحد الأقوال فى الإجازة و فيه أن الإجازة على هذا تصير كما اعترف معاوضة جديدة من طرف المجيز و المشترى لأن المفروض عدم رضا المشترى ثانيا بالمذكور و لأن قصد البائع البيع لنفسه إذا فرض تأثيره فى مغايرة العقد الواقع للعقد

المجاز فالمشترى إنما رضى بذلك الإيجاب المغاير لمؤدى الإجازة فإذا التزم يكون مرجع الإجازة إلى تبديل عقد بعقد و بعدم الحاجة إلى قبول المشترى ثانيا فقد قامت الإجازة من المالك مقام إيجابه و قبول المشترى و هذا خلاف الإجماع و العقل. و أما القول بكون الإجازة عقدا مستأنفا فلم يعهد من أحد من العلماء و غيرهم- و إنما حكى كاشف الرموز عن شيخه أن الإجازة من مالك المبيع بيع مستقل بغير لفظ البيع فهو [بيع قائم مقام إيجاب البائع و ينضم إليه القبول المتقدم من المشترى و هذا لا يجرى فيما نحن فيه لأنه إذا قصد البائع البيع لنفسه فقد قصد المشترى تمليك الثمن للبائع و تملك المبيع منه فإذا بنى على كون وقوع البيع للمالك مغايرا لما وقع فلا بد له من قبول آخر فالاكتفاء عنه بمجرد إجازة البائع الراجعة إلى تبديل البيع للغاصب بالبيع لنفسه التزام بكفاية رضا البائع و إنشائه عن رضا المشترى و إنشائه و هذا ما ذكرناه من أنه خلاف الإجماع و العقل فالأولى فى الجواب منع مغايرة ما وقع لما أجيز. و توضيحه أن البائع الفضولى إنما قصد تمليك المثمن للمشترى بإزاء الثمن و أما كون الثمن مالا له أو لغيره فإيجاب البيع ساكت عنه فيرجع فيه إلى ما يقتضيه مفهوم المعاوضة من دخول العوض فى ملك مالك المعوض تحقيقا لمعنى المعاوضة و المبادلة و حيث إن البائع يملك المثمن بانيا على تملكه له و تسلطه عليه عدوانا أو اعتقادا لزم من ذلك بناؤه على تملك الثمن و التسلط عليه و هذا معنى قصد بيعه لنفسه و حيث إن المثمن ملك لمالكه واقعا فإذا أجاز المعاوضة انتقل عوضه إليه فعلم من ذلك أن قصد البائع البيع لنفسه غير مأخوذ فى مفهوم الإيجاب حتى يتردد الأمر فى هذا المقام بين المحذورين المذكورين بل مفهوم الإيجاب هو تمليك المثمن بعوض من دون تعرض فيه لمن يرجع إليه المعوض إلا باقتضاء المعاوضة لذلك و لكن يشكل فيما إذا فرضنا الفضولى مشتريا لنفسه بمال الغير فقال للبائع الأصيل تملكت منك أو ملكت هذا الثوب بهذه الدراهم فإن مفهوم هذا الإنشاء هو تملك الفضولى للثوب فلا مورد لإجازة مالك الدراهم على وجه ينتقل الثوب إليه فلا بد من التزام كون الإجازة نقلا مستأنفا غير ما أنشأه الفضولى الغاصب. و بالجملة فنسبة المتكلم الفضولى تملك المثمن إلى نفسه بقوله ملكت أو تملكت كإيقاع المتكلم الأصلى التمليك على المخاطب الفضولى بقوله ملكتك هذا بهذه الدراهم مع علمه بكون الدراهم لغيره أو جهله بذلك و بهذا استشكل العلامة رحمه الله عليه فى التذكرة حيث قال لو باع الفضولى مع جهل الآخر فإشكال من أن الآخر إنما قصد تمليك العاقد و لا ينتقض بما لو جهل الآخر وكالة العاقد أو ولايته لأنه حينئذ إنما يقصد به المخاطب بعنوانه الأعم من كونه أصليا أو نائبا و لذا يجوز مخاطبته و إسناد الملك إليه مع علمه بكونه نائبا و ليس إلا بملاحظة المخاطب باعتبار كونه نائبا فإذا صح اعتباره نائبا صح اعتباره على الوجه الأعم من كونه نائبا أو أصليا أما الفضولى فهو أجنبى عن المالك لا يمكن فيه ذلك الاعتبار و قد تفطن بعض المعاصرين لهذا الإشكال فى بعض كلماته فالتزم تارة ببطلان شراء الغاصب لنفسه مع أنه لا يخفى مخالفته للفتاوى و أكثر النصوص المتقدمة فى المسألة كما اعترف به أخيرا و أخرى بأن الإجازة إنما تتعلق بنفس مبادلة العوضين و إن كانت خصوصية ملك المشترى الغاصب للمثمن مأخوذة فيها و فيه أن حقيقة العقد فى العبارة التى ذكرنا فى الإشكال أعنى قول المشترى الغاصب تملكت أو ملكت هذا منك بهذه الدراهم ليس إلا إنشاء تملكه للمبيع فإجازة هذا الإنشاء لا يحصل بها تملك المالك الأصلى له بل يتوقف على نقل مستأنف. فالأنسب فى التفصى أن يقال إن نسبة الملك إلى الفضولى العاقد لنفسه فى قوله تملكت منك أو قول غيره له ملكتك ليس من حيث هو بل من حيث جعل نفسه مالكا للثمن اعتقادا أو عدوانا و

لذا لو عقد لنفسه من دون البناء على مالكيته للثمن التزمنا بلغويته ضرورة عدم تحقق مفهوم المبادلة بتملك شخص المال بإزاء مال غيره فالمبادلة الحقيقية من العاقد لنفسه لا يكون إلا إذا كان مالكا حقيقيا أو ادعائيا فلو لم يكن أحدهما و عقد لنفسه لم تتحقق المعاوضة و المبادلة حقيقة فإذا قال الفضولى الغاصب المشترى لنفسه تملكت منك كذا و كذا فالمنسوب إليه التملك إنما هو المتكلم لا من حيث هو بل من حيث عد نفسه مالكا اعتقادا أو عدوانا و حيث إن الثابت للشىء من حيثية تقييدية ثابت لنفس تلك الحيثية فالمسند إليه التملك حقيقة هو المالك للثمن إلا أن الفضولى لما بنى على أنه المالك المسلط على الثمن أسند ملك المثمن الذى هو بدل الثمن إلى نفسه فالإجازة الحاصلة من المالك متعلقة بإنشاء الفضولى و هو التملك المسند إلى مالك الثمن و هو

حقيقة نفس المجيز فيلزم من ذلك انتقال المثمن إليه هذا مع أنه ربما يلتزم صحة أن يكون الإجازة للعقد الفضولى- موجبة لصيرورة العوض ملكا للفضولى- ذكره شيخ مشايخنا فى شرحه على القواعد و تبعه غير واحد من أجلاء تلامذته و ذكر بعضهم فى ذلك وجهين أحدهما أن قضية بيع مال الغير عن نفسه أو الشراء بمال الغير لنفسه جعل ذلك المال له ضمنا حتى أنه على فرض صحة ذلك البيع أو الشراء تملكه قبل آن انتقاله إلى غيره ليكون انتقاله إليه عن ملكه نظير ما إذا قال أعتق عبدك عنى أو قال بع مالى عنك أو اشتر لك بمالى كذا فهو تمليك ضمنى حاصل ببيعه أو الشراء. و نقول فى المقام أيضا إذا أجاز المالك صح البيع أو الشراء و صحته تتضمن انتقاله إليه حين البيع أو الشراء فكما أن الإجازة المذكورة تصحح البيع أو الشراء كذلك تقضى بحصول الانتقال الذى يتضمنه البيع الصحيح فتلك الإجازة اللاحقة قائمة مقام الإذن السابق

المكاسب، ج۲، ص ۱۳۰

قاضية بتملكه المبيع ليقع البيع فى ملكه و لا مانع منه. الثانى أنه لا دليل على اشتراط كون أحد العوضين ملكا للعاقد فى انتقال بدله إليه بل يكفى أن يكون مأذونا فى بيعه لنفسه أو الشراء به فلو قال بع هذا لنفسك أو اشتر لك بهذا ملك الثمن فى الصورة الأولى بانتقال المبيع عن مالكه إلى المشترى و كذا ملك المثمن فى الصورة الثانية و يتفرع عليه أنه لو اتفق بعد ذلك فسخ المعاوضة رجع الملك إلى مالكه دون العاقد. أقول و فى كلا الوجهين نظر أما الأول فلأن صحة الإذن فى بيع المال لنفسه أو الشراء لنفسه ممنوعة كما تقدم فى بعض فروع المعاطاة مع أن قياس الإجازة على الإذن قياس مع الفارق لأن الإذن فى البيع يحتمل فيه أن يوجب من باب الاقتضاء تقدير الملك آنا ما قبل البيع بخلاف الإجازة فإنها لا تتعلق إلا بما وقع سابقا و المفروض أنه لم يقع إلا مبادلة مال الغير بمال آخر. نعم لما بنى هو على ملكية ذلك المال عدوانا أو اعتقادا قصد بالمعاوضة رجوع البدل إليه فالإجازة من المالك إن رجعت إلى نفس المبادلة أفادت دخول البدل فى ملك المجيز و إن رجعت إلى المبادلة منضمة إلى بناء العاقد على تملك المال فهى و إن أفادت دخول البدل فى ملك العاقد إلا أن مرجع هذا إلى إجازة ما بنى عليه العاقد من التملك و إمضائه له إذ بعد إمضائه يقع البيع فى ملك العاقد فيملك البدل إلا أن من المعلوم عدم الدليل على تأثير الإجازة فى تأثير ذلك البناء فى تحقق متعلقة شرعا بل الدليل على عدمه لأن هذا مما لا يؤثر فيه الإذن لأن الإذن فى التمليك لا يؤثر التملك فكيف إجازته. و أما الثانى فلما عرفت من منافاته لحقيقة البيع التى هى المبادلة و لذا صرح العلامة رحمه الله فى غير موضع من كتبه تارة بأنه لا يتصور و أخرى بأنه لا يعقل أن يشترى الإنسان لنفسه بمال غيره شيئا بل ادعى بعضهم فى مسألة قبض المبيع عدم الخلاف فى بطلان قول مالك الثمن اشتر لنفسك به طعاما و قد صرح به الشيخ و المحقق و غيرهما. نعم سيأتى فى مسألة جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشترى بالغصب أن ظاهر جماعة كقطب الدين و الشهيد و غيرهما أن الغاصب مسلط على الثمن و أن لم يملكه فإذا اشترى به شيئا ملكه و ظاهر هذا إمكان أن لا يملك الثمن و يملك المثمن المشترى إلا أن يحمل ذلك منهم على التزام تملك البائع الغاصب للمثمن مطلقا- كما نسبه الفخر رحمه الله إلى الأصحاب أو آنا ما قبل أن يشترى به شيئا تصحيحا للشراء و كيف كان فالأولى فى التفصى عن الإشكال المذكور فى البيع لنفسه ما ذكرنا

ثم إن مما ذكرنا من أن نسبة ملك العوض حقيقة إنما هو إلى مالك المعوض لكنه بحسب بناء الطرفين على مالكية الغاصب للعوض منسوب إليه يظهر اندفاع إشكال آخر فى صحة البيع لنفسه مختص بصورة علم المشترى الأصيل و هو أن المشترى الأصيل إذا كان عالما بكون البائع لنفسه غاصبا فقد حكم الأصحاب على ما حكى عنهم بأن المالك لو رد فليس للمشترى الرجوع على البائع بالثمن و هذا كاشف عن عدم تحقق المعاوضة الحقيقية و إلا لكان ردها موجبا لرجوع كل عوض إلى مالكه و حينئذ فإذا أجاز المالك لم يملك الثمن لسبق اختصاص الغاصب به فيكون البيع بلا ثمن و لعل هذا هو الوجه فى إشكال العلامة فى التذكرة حيث قال بعد إشكال فى صحة بيع الفضولى مع جهل المشترى أن الحكم فى الغاصب مع علم المشترى أشكل انتهى أقول هذا الإشكال بناء على تسليم ما نقل عن الأصحاب من أنه ليس للمشترى استرداد الثمن مع رد المالك و بقائه و بعد تسليم أن الوجه فى حكمهم ذلك هو

مطلق التسلیط علی تقدیری الرد و الإجازة لأن التسلیط المراعی بعدم إجازة البیع إنما یتوجه علی القول بالنقل حیث إن تسلیط المشتری للبائع علی الثمن قبل انتقاله إلی مالک المبیع بالإجازة فلا یبقی مورد للإجازة. و أما علی القول بالکشف فلا یتوجه إشکال أصلا لأن الرد کاشف عن کون تسلیط المشتری تسلیطا له علی مال نفسه و الإجازة کاشفة عن کونه تسلیطا له علی ما یملکه غیره بالعقد السابق علی التسلیط الحاصل بالإقباض و لذا لو لم یقبضه الثمن حتی أجاز المالک أورد لم یکن للغاصب انتزاعه من ید المشتری أو المالک و سیأتی فی مسألة جواز تتبع العقود للمالک تتمة لذلک فانتظر ثم اعلم أن الکلام فی صحة بیع الفضولی لنفسه غاصبا کان أو غیره إنما هو فی وقوعه للمالک إذا أجاز و هو الذی لم یفرق المشهور بینه و بین الفضولی البائع للمالک لا لنفسه. و أما الکلام فی صحة بیع الفضولی و وقوعه لنفسه إذا صار مالکا للمبیع و أجاز سواء باع لنفسه أو للمالک فلا دخل له بما نحن فیه لأن الکلام هنا فی وقوع البیع للمالک و هناک فی وقوعه للعاقد إذا ملک و من هنا یعلم أن ما ذکره فی الریاض من أن بیع الفضولی لنفسه باطل و نسب إلی التذکرة نفی الخلاف فیه فی غیر محله إلا أن یرید ما ذکرناه و هو خلاف ظاهر کلامه.

بقی هنا أمران

الأول أنه لا فرق علی القول بصحة بیع الفضولی بین کون مال الغیر عینا أو دینا أو فی ذمة الغیر

و منه جعل العوض ثمنا أو مثمنا فی ذمة الغیر ثم إن تشخیص ما فی الذمة الذی یعقد علیه الفضولی- إما بإضافة الذمة إلی الغیر بأن یقول بعت کرا من طعام فی ذمة فلان بکذا أو بعت هذا بکذا فی ذمة فلان و حکمه أنه لو أجاز فلان یقع العقد له و إن رد بطل رأسا و إما بقصده العقد له فإنه إذا قصده فی العقد تعین کونه صاحب الذمة لما عرفت من استحالة دخول أحد العوضین فی ملک غیر من خرج عنه الآخر إلا علی احتمال ضعیف تقدم عن بعض فکما أن تعیین العوض فی الخارج یغنی عن قصد من وقع له العقد کذلک قصد من وقع له العقد یغنی عن تعیین الثمن الکلی بإضافته إلی ذمة شخص خاص و حینئذ فإن أجاز من قصد مالکیته وقع العقد و إن رد فمقتضی القاعدة بطلان العقد واقعا- لأن مقتضی رد العقد بقاء کل عوض علی ملک صاحبه إذ المال مردد فی باب الفضولی بین مالکه الأصلی و بین من وقع له العقد- فلا معنی لخروجه عن ملک مالکه و تردده بین الفضولی و من وقع له العقد إذ لو صح وقوعه للفضولی لم یحتج إلی إجازة و وقع له إلا- أن الطرف الآخر لو لم یصدقه علی هذا القصد و حلف علی نفی العلم حکم له علی الفضولی لوقوع العقد له ظاهرا کما عن المحقق و فخر الإسلام و المحقق الکرکی و السیوری و الشهید

المکاسب، ج۲، ص ۱۳۱

الثانی. و قد یظهر من إطلاق بعض الکلمات کالقواعد و المبسوط وقوع العقد له واقعا و قد نسب ذلک إلی جماعة فی بعض فروع المضاربة حیث عرفت أن قصد البیع للغیر- أو إضافته إلیه فی اللفظ یوجب صرف الکلی إلی ذمة ذلک الغیر کما أن إضافة الکلی إلیه توجب صرف البیع أو الشراء إلیه و إن لم یقصده أو لم یضفه إلیه ظهر من ذلک التنافی بین إضافة البیع إلی غیره و إضافة الکلی إلی نفسه أو قصده من غیر إضافة و کذا بین إضافة البیع إلی نفسه و إضافة الکلی إلی غیره فلو جمع بین المتنافیین بأن قال اشتریت هذا لفلان بدرهم فی ذمتی أو اشتریت هذا لنفسی بدرهم فی ذمة فلان ففی الأول یحتمل البطلان لأنه فی حکم شراء شیء للغیر بعین ماله و یحتمل إلغاء أحد القیدین و تصحیح المعاملة لنفسه أو لغیره و فی الثانی یحتمل کونه من قبیل شرائه لنفسه بعین مال الغیر فیقع للغیر بعد إجازته لکن بعد تصحیح المعاوضة بالبناء علی التملک فی ذمة الغیر اعتقادا و یحتمل الصحة بإلغاء قید ذمة الغیر لأن تقیید الشراء أولا بکونه لنفسه یوجب إلغاء ما ینافیه من إضافة الذمة إلی الغیر و المسألة تحتاج إلی تأمل. ثم إنه قال فی التذکرة لو اشتری فضولیا فإن کان بعین مال الغیر فالخلاف فی البطلان أو الوقف علی الإجازة إلا أن أبا حنیفة قال یقع للمشتری بکل حال و إن کان فی الذمة لغیره و أطلق اللفظ. قال علماؤنا یقف علی الإجازة فإن أجازه صح و لزمه أداء الثمن و إن رد نفذ عن المباشر. و به قال الشافعی فی القدیم و أحمد و إنما یصح الشراء لأنه تصرف فی ذمته لا فی مال غیره و إنما توقف علی الإجازة لأنه عقد الشراء له فإن أجازه لزمه

و إن رده لزم لمن اشتراه و لا فرق بين أن ينقد من مال الغير أو لا. و قال أبو حنيفة يقع عن المباشر و هو جديد للشافعى انتهى و ظاهره الاتفاق على وقوع الشراء مع الرد للمشترى واقعا كما يشعر به تعليله بقوله لأنه تصرف فى ذمته لا فى مال الغير لكن أشرنا سابقا إجمالا إلى أن تطبيق هذا على القواعد مشكل لأنه إن جعل المال فى ذمته بالأصالة فيكون ما فى ذمته كعين ماله فيكون كما لو باع عين ماله لغيره. و الأوفق بالقواعد فى مثل هذا إما البطلان لو عمل بالنية بناء على أنه لا يعقل فى المعاوضة دخول عوض مال الغير فى ملك غيره قهرا و إما صحته و وقوعه لنفسه لو ألغيت النية بناء على انصراف المعاملة إلى مالك العين قهرا و إن نوى خلافه و إن جعل المال فى ذمته لا من حيث الأصالة بل من حيث جعل نفسه نائبا عن الغير فضولا فمع الإشكال فى صحة هذا لو لم يرجع إلى الشراء فى ذمة الغير أن اللازم من هذا أن الغير إذا رد هذه المعاملة و هذه النيابة تقع فاسدة من أصلها لا أنها تقع للمباشر. نعم إذا عجز المباشر من إثبات ذلك على البائع لزمه ذلك فى ظاهر الشريعة كما ذكرنا سابقا و نص عليه جماعة من باب التوكيل و كيف كان فوقوع المعاملة فى الواقع مرددة بين المباشر و المنوى دون التزامه خرط القتاد و يمكن تنزيل العبارة على الوقوع للمباشر ظاهرا لكنه بعيد.

الثانى الظاهر أنه لا فرق فيما ذكرنا من أقسام بيع الفضولى بين البيع العقدى و المعاطاة

بناء على إفادتها للملك إذ لا فارق بينها و بين العقد فإن التقابض بين الفضوليين أو فضولى و أصيل إذا وقع بنية التمليك و التملك فأجازه المالك فلا مانع من وقوع المجاز من حينه أو من حين الإجازة فعموم مثل قوله تعالى وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ شامل و يؤيده رواية عروة البارقى حيث إن الظاهر وقوع المعاملة بالمعاطاة و توهم الإشكال فيه من حيث إن الإقباض الذى يحصل به التمليك محرم لكونه تصرفا فى مال الغير فلا يترتب عليه أثر فى غير محله إذ قد لا يحتاج إلى إقباض مال الغير كما لو اشترى الفضولى لغيره فى الذمة مع أنه قد يقع الإقباض مقرونا برضا المالك- بناء على ظاهر كلامهم من أن العلم بالرضا لا يخرج المعاملة عن معاملة الفضولى مع أن النهى لا يدل على الفساد- مع أنه لو دل لدل على عدم ترتب الأثر المقصود و هو استقلال الإقباض فى السببية فلا ينافى كونه جزء سبب و ربما يستدل على ذلك بأن المعاطاة منوطة بالتراضى و قصد الإباحة أو التمليك و هما من وظائف المالك و لا يتصور صدورهما من غيره و لذا ذكر الشهيد الثانى أن المكره و الفضولى قاصدان للفظ دون المدلول و ذكر أن قصد المدلول لا يتحقق من غير المالك و مشروطة أيضا بالقبض و الإقباض من الطرفين أو من أحدهما مقارنا للأمرين و لا أثر لهما إلا إذا صدرا من المالك أو بإذنه. و فيه أن اعتبار الإقباض و القبض فى المعاطاة عند من اعتبره فيها إنما هو لحصول إنشاء التمليك أو الإباحة فهو عندهم من الأسباب الفعلية كما صرح الشهيد فى قواعده و المعاطاة عندهم عقد فعلى و لذا ذكر بعض الحنفية القائلين بلزومها أن البيع ينعقد بالإيجاب و القبول و بالتعاطى و حينئذ فلا مانع من أن يقصد الفضولى بإقباضه المعنى القائم بنفسه المقصود من قوله ملكتك و اعتبار مقارنة الرضا من المالك للإنشاء الفعلى دون القولى مع اتحاد أدلة اعتبار الرضا و طيب النفس فى حل مال الغير لا يخلو عن تحكم. و ما ذكره الشهيد الثانى لا يجدى فيما نحن فيه لأنا لا نعتبر فى فعل الفضولى أزيد من القصد الموجود فى قوله لعدم الدليل و لو ثبت لثبت منه اعتبار المقارنة فى العقد القولى أيضا إلا أن يقال إن مقتضى الدليل ذلك- خرج عنه بالدليل معاملة الفضولى إذا وقعت بالقول لكنك قد عرفت أن عقد الفضولى ليس على خلاف القاعدة. نعم لو قلنا إن المعاملة لا يعتبر فيها قبض و لو اتفق معها بل السبب المستقل هو تراضى المالكين بملكية كل منهما لمال صاحبه مطلقا أو مع وصولهما أو وصول أحدهما لم يعقل وقوعها من الفضولى. نعم الواقع منه إيصال المال و المفروض أنه لا مدخل له فى المعاملة فإذا رضى المالك بمالكية من وصل إليه المال تحققت المعاطاة من حين الرضا و لم يكن إجازة لمعاطاة سابقه لكن الإنصاف أن هذا المعنى غير مقصود للعلماء فى عنوان المعاطاة إنما قصدهم إلى العقد الفعلى هذا كله على القول بالملك. و أما على القول بالإباحة فيمكن القول ببطلان الفضولى لأن إفادة المعاملة المقصود بها الملك الإباحة خلاف القاعدة فيقتصر فيها على صورة تعاطى المالكين مع أن حصول الإباحة قبل الإجازة غير ممكن و الآثار الأخر مثل بيع المال على القول بجواز مثل هذا التصرف إذا وقعت فى غير زمان الإباحة الفعلية لم تؤثر أثرا فإذا أجاز حدث

المكاسب، ج۲، ص ۱۳۲

الإباحة من حين الإجازة اللهم إلا أن يقال بكفاية وقوعها مع الإباحة الواقعية إذا كشف عنها الإجازة فافهم

القول فی الإجازة و الرد

أما الكلام فی الإجازة

اشارة

فيقع تارة فی حكمها و شروطها و أخرى فی المجيز و ثالثة فی المجاز

أما حكمها

[هل الإجازة كاشفة أم ناقلة]

[هل الإجازة كاشفة أم ناقلة]

فقد اختلف القائلون بصحة الفضولی بعد اتفاقهم على توقفها على الإجازة فی كونها كاشفة بمعنى أنه يحكم بعد الإجازة بحصول آثار العقد من حين وقوعه حتى كأن الإجازة وقعت مقارنة للعقد أو ناقلة بمعنى ترتب آثار العقد من حينها حتى كأن العقد وقع حال الإجازة على قولين

[الأكثر على الكشف و استدلالهم عليه

اشارة

[الأكثر على الكشف و استدلالهم عليه

فالأكثر على الأول و استدل عليه كما عن جامع المقاصد و الروضة بأن العقد سبب تام فی الملك لعموم قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و تمامه فی الفضولی إنما يعلم بالإجازة فإذا أجاز تبين كونه تاما يوجب ترتب الملك عليه و إلا لزم أن لا يكون الوفاء بالعقد خاصة بل به مع شیء آخر و بأن الإجازة متعلقة بالعقد فهی رضا بمضمونه و ليس إلا نقل العوضين من حينه

[ما استدل به فخر الدين للأكثر]

[ما استدل به فخر الدين للأكثر]

و عن فخر الدين فی الإيضاح الاحتجاج لهم بأنها لو لم تكن كاشفة لزم تأثير المعدوم فی الموجود- لأن العقد حالها عدم انتهى.

[المناقشات التی يذكر على القول بالكشف

[المناقشات التی يذكر على القول بالكشف

و يرد على الوجه الأول أنه إن أريد بكون العقد سببا تاما كونه علة تامة للنقل إذا صدر عن رضا المالك فهو مسلم إلا أن بالإجازة لا يعلم تمام ذلك السبب و لا يتبين كونه تاما إذ الإجازة لا تكشف عن مقارنة الرضا غاية الأمر أن لازم صحة عقد الفضولی كونها قائمة

مقام الرضا المقارن فيكون لها دخل فى تمامية السبب كالرضا المقارن فلا معنى لحصول الأثر قبله و منه يظهر فساد تقرير الدليل بأن العقد الواقع جامع لجميع الشروط و كلها حاصلة إلا رضا المالك فإذا حصل بالإجازة عمل السبب عمله فإنه إذا اعترف أن رضا المالك من جملة الشروط فكيف يكون كاشفا عن وجود المشروط قبله. و دعوى أن الشروط الشرعية ليست كالعقلية بل هى بحسب ما يقتضيه جعل الشارع فقد يجعل الشارع ما يشبه تقديم السبب على السبب كغسل الجمعة يوم الخميس و إعطاء الفطرة قبل وقتها فضلا عن تقدم المشروط على الشرط كغسل الفجر بعد الفجر للمستحاضة الصائمة و كغسل العشائين لصوم اليوم الماضى على القول به مدفوعة بأنه لا فرق فيما فرض شرطا أو سببا بين الشرعى و غيره و تكثير الأمثلة لا يوجب وقوع المحال العقلى فهى كدعوى أن التناقض الشرعى بين الشيئين لا يمنع عن اجتماعهما لأن النقيض الشرعى غير العقلى. فجميع ما ورد مما يوهم ذلك أنه لا بد من التزام أن المتأخر ليس سببا أو شرطا بل السبب و الشرط هو الأمر المنتزع من ذلك لكن ذلك لا يمكن فيما نحن فيه بأن يقال إن الشرط تعقب الإجازة و لحوقها بالعقد و هذا أمر مقارن للعقد على تقدير الإجازة لمخالفته الأدلة اللهم إلا أن يكون مراده بالشرط ما يتوقف تأثير السبب المتقدم فى زمانه على لحوقه و هذا مع أنه لا يستحق إطلاق الشرط عليه غير صادق على الرضا لأن المستفاد من العقل و النقل اعتبار رضا المالك فى انتقال ماله لأنه لا يحل لغيره بدون طيب النفس و أنه لا ينفع لحوقه فى حل تصرف الغير و انقطاع سلطنة المالك. و مما ذكرنا يظهر ضعف ما احتمله فى المقام بعض الأعلام بل التزم به غير واحد من المعاصرين من أن معنى شرطية الإجازة مع كونها كاشفة شرطية الوصف المنتزع منها و هو كونها لاحقه للعقد فى المستقبل فالعلة التامة العقد الملحق به الإجازة و هذه صفة مقارنة للعقد و إن كانت نفس الإجازة متأخرة عنه. و قد التزم بعضهم بما يتفرع على هذا من أنه إذا علم المشترى أن المالك للمبيع سيجيز العقد حل له التصرف فيه بمجرد العقد و فيه ما لا يخفى من المخالفة للأدلة و يرد على الوجه الثانى أولا أن الإجازة و إن كانت رضا بمضمون العقد إلا أن مضمون العقد ليس هو النقل من حينه حتى يتعلق الإجازة و الرضا بذلك النقل المقيد بكونه فى ذلك الحال بل هو نفس النقل مجردا عن ملاحظة وقوعه فى زمان و إنما الزمان من ضروريات إنشائه- فإن قول العاقد بعت ليس نقلت من هذا الحين و إن كان النقل المنشأ به واقعا فى ذلك الحين فالزمان ظرف للنقل لا قيد له فكما أن إنشاء مجرد النقل الذى هو مضمون العقد فى زمان يوجب وقوعه من المنشئ فى ذلك الزمان فكذلك إجازة ذلك النقل فى زمان يوجب وقوعه من المجيز فى زمان الإجازة و كما أن الشارع إذا أمضى نفس العقد وقع النقل من زمانه فكذلك إذا أمضى إجازة المالك وقع النقل من زمان الإجازة. و لأجل ما ذكرنا لم يكن مقتضى القبول وقوع الملك من زمان الإيجاب مع أنه ليس إلا رضا بمضمون الإيجاب فلو كان مضمون الإيجاب النقل من حينه و كان القبول رضا بذلك كان معنى إمضاء الشارع للعقد الحكم بترتب الأثر من حين الإيجاب لأن الموجب ينقل من حينه و القابل يتقبل ذلك و يرضى به. و دعوى أن العقد سبب للملك فلا يتقدم عليه مدفوعة بأن سببيته للملك ليست إلا بمعنى إمضاء الشارع لمقتضاه فإذا فرض مقتضاه مركبا من نقل فى زمان و رضا بذلك النقل كان مقتضى العقد الملك بعد الإيجاب و لأجل ما ذكرنا أيضا لا يكون فسخ العقد إلا انحلاله من زمانه لا من زمان العقد فإن الفسخ نظير الإجازة و الرد لا يتعلق إلا بمضمون العقد و هو النقل من حينه فلو كان زمان وقوع النقل مأخوذا فى العقد على وجه القيدية لكان رده و حله موجبا للحكم بعدم الآثار من حين العقد و السر فى جميع ذلك ما ذكرنا من عدم كون زمان النقل إلا ظرفا فجميع ما يتعلق بالعقد من الإمضاء و الرد و الفسخ إنما يتعلق بنفس

المضمون دون المقيد بذلك الزمان. و الحاصل أنه لا إشكال فى حصول الإجازة بقول المالك رضيت بكون مالى لزيد بإزاء ماله أو رضيت بانتقال مالى إلى زيد و غير ذلك من الألفاظ التى لا تعرض فيها لإنشاء الفضولى فضلا عن زمانه كيف و قد جعلوا تمكين الزوجة بالدخول عليها إجازة منها، و نحو ذلك. و من المعلوم أن الرضا يتعلق بنفس نتيجة العقد من غير ملاحظة زمان نقل الفضولى و بتقرير آخر أن الإجازة من المالك قائمة مقام رضاه و إذنه المقرون بإنشاء الفضولى أو مقام نفس إنشائه فلا يصير المالك بمنزلة العاقد إلا بعد الإجازة فهى إما

المكاسب، ج۲، ص ۱۳۳

شرط أو جزء سبب للملك. و بعبارة أخرى المؤثر هو العقد المرضى به و المقيد من حيث إنه مقيد لا يوجد إلا بعد القيد و لا يكفى فى التأثير وجود ذات المقيد المجردة عن القيد. و ثانيا فلانا لو سلمنا عدم كون الإجازة شرطا اصطلاحيا ليؤخذ فيه تقدمه على المشروط و لا جزء سبب و إنما هى من المالک محدثة للتأثير فى العقد السابق و جاعلة له سببا تاما حتى كأنه وقع مؤثرا فيتفرع عليه أن مجرد رضا المالك بنتيجة العقد أعنى محض الملكية من غير التفات إلى وقوع عقد سابق ليس بإجازة لأن معنى إجازة العقد جعله جائزا نافذا ماضيا لكن نقول لم يدل دليل على إمضاء الشارع لإجازة المالك على هذا الوجه لأن وجوب الوفاء بالعقد تكليف يتوجه إلى العاقدين كوجوب الوفاء بالعهد و النذر و من المعلوم أن المالك لا يصير عاقدا أو بمنزلته إلا بعد الإجازة فلا يجب الوفاء إلا بعدها و من المعلوم أن الملک الشرعى يتبع الحكم الشرعى فما لم يجب الوفاء فلا ملك و مما ذكرنا يعلم عدم صحة الاستدلال للكشف بدليل وجوب الوفاء بالعقود بدعوى أن الوفاء بالعقد و العمل بمقتضاه هو الالتزام بالنقل من حين العقد و قس على ذلك ما لو كان دليل الملك عموم وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ فإن الملك ملزوم لحلية التصرف فقبل الإجازة لا يحل التصرف خصوصا إذا علم عدم رضا المالك باطنا أو تردده فى الفسخ و الإمضاء. و ثالثا سلمنا دلالة الدليل على إمضاء الشارع- لإجازة المالك على طبق مفهومها اللغوى و العرفى أعنى جعل العقد السابق جائزا ماضيا بتقريب أن يقال إن معنى الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه و مؤداه العرفى فإذا صار العقد بالإجازة كأنه وقع مؤثرا ماضيا كان مقتضى العقد المجاز عرفا ترتب الآثار من حينه فيجب شرعا العمل به على هذا الوجه لكن نقول بعد الإغماض عن أن مجرد كون الإجازة بمعنى جعل العقد السابق جائزا نافذا لا يوجب كون مقتضى العقد و مؤداه العرفى ترتب الآثار من حين العقد كما أن كون مفهوم القبول رضا بمفهوم الإيجاب و إمضاء له لا يوجب ذلك حتى يكون مقتضى الوفاء بالعقد ترتيب الآثار من حين الإيجاب فتأمل إذا المعنى على حقيقته غير معقول لأن العقد الموجود على صفة عدم التأثير يستحيل لحوق صفة التأثير له لاستحالة خروج الشيء عما وقع عليه فإذا دل الدليل الشرعى على إمضاء الإجازة على هذا الوجه غير المعقول فلا بد من صرفه بدلالة الاقتضاء إلى إرادة معاملة العقد بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حيث ترتب الآثار الممكنة فإذا أجاز المالک حكمنا بانتقال نماء المبيع بعد العقد إلى المشترى و إن كان أصل الملک قبل الإجازة للمالك و وقع النماء فى ملكه. و الحاصل أنه يعامل بعد الإجازة معاملة العقد الواقع مؤثرا من حينه بالنسبة إلى ما أمكن من الآثار و هذا نقل حقيقى فى حكم الكشف من بعض الجهات و ستأتى الثمرة بينه و بين الكشف الحقيقى و لم أعرف من قال بهذا الوجه من الكشف إلا الأستاذ شريف العلماء فيما عثرت عليه من بعض تحقيقاته و إلا فظاهر كلام القائلين بالكشف أن الانتقال فى زمان العقد و لذا عنون العلامة رحمه الله فى القواعد مسألة الكشف و النقل بقوله و فى زمان الانتقال إشكال فجعل النزاع فى هذه المسألة نزاعا فى زمان الانتقال-

[معانى الكشف

اشارة

[معانى الكشف

و قد تحصل مما ذكرنا أن كاشفية الإجازة على وجوه ثلاثة قال بكل منها قائل

أحدها و هو المشهور الكشف الحقيقى

أحدها و هو المشهور الكشف الحقيقى

و التزام كون الإجازة فيها شرطا متأخرا و لذا اعترض عليهم جمال المحققين فى حاشيته على الروضة بأن الشرط لا يتأخر.

الثانى الكشف الحقيقى

الثانى الكشف الحقيقى
و التزام كون الشرط تعقب العقد بالإجازة لا نفس الإجازة فرارا عن لزوم تأخر الشرط عن المشروط و التزم بعضهم بجواز التصرف قبل الإجازة لو علم تحققها فيما بعد.

الثالث الكشف الحكمى

الثالث الكشف الحكمى
و هو إجراء أحكام الكشف بقدر الإمكان مع عدم تحقق الملك فى الواقع إلا بعد الإجازة.

[مقتضى القواعد و العمومات هو النقل ثم الكشف الحكمى

[مقتضى القواعد و العمومات هو النقل ثم الكشف الحكمى
و قد تبين من تضاعيف كلماتنا أن الأنسب بالقواعد و العمومات هو النقل ثم بعده الكشف الحكمى. و أما الكشف الحقيقى مع كون نفس الإجازة من الشروط فإتمامه بالقواعد فى غاية الإشكال و لذا استشكل فيه العلامة فى القواعد و لم يرجحه المحقق الثانى فى حاشية الإرشاد بل عن الإيضاح اختيار خلافه تبعا للمحكى عن كاشف الرموز و قواه فى مجمع البرهان و تبعهم كاشف اللثام فى النكاح

[ظاهر صحيحة محمد بن قيس هو الكشف بالمعنى الأعم

[ظاهر صحيحة محمد بن قيس هو الكشف بالمعنى الأعم
هذا بحسب القواعد و العمومات. و أما الأخبار فالظاهر من صحيحة محمد بن قيس الكشف- كما صرح به فى الدروس و كذا الأخبار التى بعدها لكن لا ظهور فيها للكشف بالمعنى المشهور فتحتمل الكشف الحكمى.

[ظاهر صحيحة أبى عبيدة هو الكشف الحقيقى

[ظاهر صحيحة أبى عبيدة هو الكشف الحقيقى
نعم صحيحة أبى عبيدة الواردة فى تزويج الصغيرين فضولا الآمرة بعزل الميراث من الزوج المدرك الذى أجاز فمات للزوجة غير المدركة حتى تدرك و تخلف ظاهره فى قول الكشف إذ لو كان مال و الميت قبل إجازة الزوجة باقية على ملك سائر الورثة كان العزل مخالفا لقاعدة تسلط الناس على أموالهم. فإطلاق الحكم بالعزل منضما إلى عموم: الناس مسلطون على أموالهم يفيد أن العزل لاحتمال كون الزوجة غير المدركة وارثه فى الواقع فكأنه احتياط فى الأموال قد غلبه الشارع على أصالة عدم الإجازة كعزل نصيب الحمل و جعله أكثر مما يحتمل.

بقى الكلام فى بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل

اشارة

بقى الكلام فى بيان الثمرة بين الكشف باحتمالاته و النقل

فنقول

أما الثمرة على الكشف الحقيقى

أما الثمرة على الكشف الحقيقى

بين كون نفس الإجازة شرطا و كون الشرط تعقب العقد بها و لحوقها له فقد يظهر فى جواز تصرف كل منهما فيما انتقل إليه بإنشاء الفضولى إذا علم إجازة المالك فيما بعد.

و أما الثمرة بين الكشف الحقيقى و الحكمى

و أما الثمرة بين الكشف الحقيقى و الحكمى

مع كون نفس الإجازة شرطا فإنه يظهر فى مثل ما إذا وطئ المشترى الجارية قبل إجازة مالكها فأجاز فإن الوطء على الكشف الحقيقى حرام ظاهرا لأصالة عدم الإجازة و حلال واقعا لكشف الإجازة عن وقوعه فى ملكه و لو أولدها صارت أم ولد على الكشف الحقيقى و الحكمى لأن مقتضى جعل الواقع ماضيا ترتب حكم وقوع الوطء فى الملك و يحتمل عدم تحقق الاستيلاد على الحكمى لعدم تحقق حدوث الولد فى الملك و إن حكم بملكيته للمشترى بعد ذلك و لو نقل المالك أم الولد عن ملكه قبل الإجازة فأجاز بطل النقل على الكشف الحقيقى لانكشاف وقوعه فى ملك الغير مع احتمال كون النقل بمنزلة الرد و بقى صحيحا على الكشف الحكمى و على المجيز

المكاسب، ج۲، ص ۱۳۴

قيمتها لأنه مقتضى الجمع بين جعل العقد ماضيا من حين وقوعه و بين مقتضى صحة النقل الواقع قبل حكم الشارع بهذا الجعل كما فى الفسخ بالخيار مع انتقال المتعلقة بنقل لازم. و ضابط الكشف الحكمى الحكم بعد الإجازة بترتب آثار ملكية المشترى من حين العقد- فإن ترتب شىء من آثار ملكية المالك قبل إجازته كإتلاف النماء و نقله و لم يناف الإجازة جمع بينه و بين مقتضى الإجازة بالرجوع إلى البدل و إن نافى الإجازة كإتلاف العين عقلا أو شرعا كالعتق فات محلها مع احتمال الرجوع إلى البدل و سيجىء

ثم إنهم ذكروا للثمرة بين الكشف و النقل مواضع

منها النماء

منها النماء

فإنه على الكشف بقول مطلق لمن انتقل إليه العين و على النقل لمن انتقلت عنه و للشهيد الثانى فى الروضة عبارة توجيه المراد منها كما فعله بعض أولى من توجيه حكم ظاهرها كما تكلفه آخر.

و منها أن فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف

و منها أن فسخ الأصيل لإنشائه قبل إجازة الآخر مبطل له على القول بالنقل دون الكشف

بمعنى أنه لو جعلناها ناقلة كان فسخ الأصيل لفسخ الموجب قبل قبول القابل فى كونه ملغيا لإنشائه السابق بخلاف ما لو جعلت كاشفة فإن العقد تام من طرف الأصيل غاية الأمر تسلط الآخر على فسخه و هذا مبنى على ما تسالموا عليه من جواز إبطال أحد المتعاقدين لإنشائه قبل إنشاء صاحبه بل قبل تحقق شرط صحة العقد كالقبض فى الهبة و الوقف و الصدقة فلا يرد ما اعترضه بعض من منع جواز الإبطال على القول بالنقل معللا بأن ترتب الأثر على جزء السبب بعد انضمام الجزء الآخر من أحكام الوضع لا مدخل لاختيار المشترى

فيه و فيه أن الكلام فى أن عدم تخلل الفسخ بين جزئى السبب شرط فانضمام الجزء الآخر من دون تحقق الشرط غير مجد فى وجود المسبب فالأولى فى سند المنع دفع احتمال اشتراط عدم تخلل الفسخ بإطلاقات صحة العقود و لزومها و لا يخلو من إشكال.

و منها جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه

و منها جواز تصرف الأصيل فيما انتقل عنه

بناء على النقل- و إن قلنا بأن فسخه غير مبطل لإنشائه فلو باع جارية من فضولى جاز له وطؤها و إن استولدها صارت أم ولد لأنها ملكه و كذا لو زوجت نفسها من فضولى جاز لها التزويج من الغير فلو حصلت الإجازة فى المثالين لغت لعدم بقاء المحل قابلا. و الحاصل أن الفسخ القولى و إن قلنا إنه غير مبطل لإنشاء الأصيل إلا أن له فعل ما ينافى انتقال المال عنه على وجه يفوت محل الإجازة فينفسخ العقد بنفسه بذلك و ربما احتمل عدم جواز التصرف على هذا القول أيضا و لعله لجريان عموم وجوب الوفاء بالعقد فى حق الأصيل و إن لم يجب فى الطرف الآخر و هو الذى يظهر من المحقق الثانى فى مسألة شراء الغاصب بعين المال المغصوب حيث قال لا يجوز للبائع و لا للغاصب التصرف فى العين لإمكان الإجازة و لا سيما على القول بالكشف انتهى. و فيه أن الإجازة على القول بالنقل له مدخل فى العقد شرطا أو شطرا فما لم يتحقق الشرط أو الجزء لم يجب الوفاء على أحد من المتعاقدين لأن المأمور به بالوفاء هو العقد المقيد الذى لا يوجد إلا بعد القيد و هذا كله على النقل و أما على القول بالكشف فلا يجوز التصرف فيه على ما يستفاد من كلمات جماعة كالعلامة و السيد العميدى و المحقق الثانى و ظاهر غيرهم و ربما اعترض عليه بعدم المانع له من التصرف لأن مجرد احتمال انتقال المال عنه فى الواقع لا يقدح فى السلطنة الثابتة له و لذا صرح بعض المعاصرين بجواز التصرف مطلقا. نعم إذا حصلت الإجازة كشفت عن بطلان كل تصرف مناف لانتقال المال إلى المجيز فيأخذ المال مع بقائه و بدله مع تلفه قال نعم لو علم بإجازة المالك لم يجز له التصرف انتهى. أقول مقتضى عموم وجوب الوفاء وجوبه على الأصيل و لزوم العقد و حرمة نقضه من جانبه و وجوب الوفاء عليه ليس مراعى بإجازة المالك بل مقتضى العموم وجوبه حتى مع العلم بعدم إجازة المالك و من هنا يظهر أنه لا فائدة فى أصالة عدم الإجازة لكن ما ذكره البعض المعاصر صحيح على مذهبه فى الكشف من كون العقد مشروطا بتعقبه بالإجازة لعدم إحراز الشرط مع الشك فلا يجب الوفاء به على أحد من المتعاقدين. و أما على المشهور فى معنى الكشف من كون نفس الإجازة المتأخرة شرطا لكون العقد السابق بنفسه مؤثرا تاما فالذى يجب الوفاء به هو نفس العقد من غير تقييد و قد تحقق فيجب على الأصيل الالتزام به و عدم نقضه إلى أن ينقض فإن رد المالك فسخ العقد من طرف الأصيل كما أن إجازته إمضاء له من طرف الفضولى. و الحاصل أنه إذا تحقق العقد فمقتضى العموم على القول بالكشف المبنى على كون ما يجب الوفاء به هو العقد من دون ضميمة شىء شرطا أو شطرا حرمة نقضه على الأصيل مطلقا فكل تصرف يعد نقضا لعقد المبادلة بمعنى عدم اجتماعه مع صحة العقد فهو غير جائز و من هنا تبين فساد توهم أن العمل بمقتضى العقد كما يوجب حرمة تصرف الأصيل فيما انتقل عنه كذلك يوجب جواز تصرفه فيما انتقل إليه لأن مقتضى العقد مبادلة المالين فحرمة التصرف فى ماله مع حرمة التصرف فى عوضه تنافى مقتضى العقد أعنى المبادلة. توضيح الفساد أن الثابت من وجوب وفاء العاقد بما التزم على نفسه من المبادلة حرمة نقضه و التخطى عنه و هذا لا يدل إلا على حرمة التصرف فى ماله حيث التزم بخروجه عن ملكه و لو بالبدل و أما دخول البدل فى ملكه فليس مما التزمه على نفسه بل مما جعله لنفسه و مقتضى الوفاء بالعقد حرمة رفع اليد عما التزم على نفسه و أما قيد كونه بإزاء مال فهو خارج عن الالتزام على نفسه و إن كان داخلا فى مفهوم المبادلة فلو لم يتصرف فى مال صاحبه لم يكن ذلك نقضا للمبادلة فالمرجع فى هذا التصرف فعلا و تركا إلى ما يقتضيه الأصل و هى أصالة عدم الانتقال. و دعوى أن الالتزام المذكور إنما هو على تقدير الإجازة و دخول البدل فى ملكه فالالتزام معلق على تقدير لم يعلم تحققه فهو كالنذر المعلق على شرط حيث حكم جماعة بجواز التصرف فى المال المنذور قبل تحقق الشرط إذا لم يعلم بتحققه فكما أن التصرف حينئذ لا يعد حنثا فكذا التصرف فيما نحن فيه قبل العلم بتحقق الإجازة لا يعد

نقضا لما التزمه إذ لم يلتزمه في الحقيقة إلا معلقا مدفوعة بعد تسليم جواز التصرف في مسألة النذر المشهورة بالإشكال بأن الفرق بينهما أن الالتزام هنا غير

المكاسب، ج ۲، ص ۱۳۵

معلق على الإجازة و إنما التزم بالمبادلة متوقعا للإجازة فيجب عليه الوفاء به و يحرم عليه نقضه إلى أن يحصل ما يتوقعه من الإجازة أو ينتقض إلزامه برد المالك و لأجل ما ذكرنا من اختصاص حرمة النقض بما يعد من التصرفات منافيا لما التزمه الأصيل على نفسه دون غيرها. قال في القواعد في باب النكاح و لو تولى الفضولي أحد طرفي العقد ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة فإن كان زوجا حرمت عليه الخامسة و الأخت و الأم و البنت إلا إذا فسخت على إشكال في الأم و في الطلاق نظر لترتبه على عقد لازم فلا يقع المصاهرة و إن كان زوجة لم يحل لها نكاح غيره إلا إذا فسخ و الطلاق هنا معتبر انتهى. و عن كشف اللثام نفي الإشكال و قد صرح أيضا جماعة بلزوم النكاح المذكور من طرف الأصيل و فرعوا عليه تحريم المصاهرة و أما مثل النظر إلى المزوجة فضولا و إلى أمها مثلا و غيره مما لا يعد تركه نقضا لما التزم العاقد على نفسه فهو باق تحت الأصول لأن ذلك من لوازم علاقة الزوجية غير الثابتة بل المنفية بالأصل فحرمة نقض العاقد لما عقد على نفسه لا تتوقف على ثبوت نتيجة العقد أعني علاقة الملك أو الزوجية بل ثبوت النتيجة تابع لثبوت حرمة النقض من الطرفين

[ثمرات ذكرها كاشف الغطاء و ما يرد عليها]

[ثمرات ذكرها كاشف الغطاء و ما يرد عليها]

ثم إن بعض متأخري المتأخرين ذكر ثمرات أخر لا بأس بذكرها للتنبه بها و بما يمكن أن يقال عليها منها ما لو انسلخت قابلية التملك عن أحد المتبايعين بموته قبل إجازة الآخر أو بعروض كفر بارتداد فطري أو غيره مع كون المبيع عبدا مسلما أو مصحفا فيصح حينئذ على الكشف دون النقل و كذا لو انسلخت قابلية المنقول- بتلف أو عروض نجاسة له مع ميعانه إلى غير ذلك و في مقابله ما لو تجددت القابلية قبل الإجازة بعد انعدامها حال العقد كما لو تجددت الثمرة و بدا صلاحها بعد العقد قبل الإجازة و فيما قارن العقد فقد الشرط ثم حصل و بالعكس و ربما يعترض على الأول بإمكان دعوى ظهور الأدلة- في اعتبار استمرار القابلية إلى حين الإجازة على الكشف فيكشف الإجازة عن حدوث الملك من حين العقد مستمرا إلى حين الإجازة. و فيه أنه لا وجه لاعتبار استمرار القابلية و لا استمرار التملك المكشوف عنه بالإجازة إلى حينها كما لو وقعت بيوع متعددة على مال فإنهم صرحوا بأن إجازة الأول توجب صحة الجميع مع عدم بقاء مالكية الأول مستمرا و كما يشعر به بعض أخبار المسألة المتقدمة حيث إن ظاهر بعضها و صريح الآخر عدم اعتبار حياة المتعاقدين حال الإجازة مضافا إلى فحوى خبر تزويج الصغيرين الذي يصلح لما ذكر في الثمرة الثانية أعني خروج المنقول عن قابلية تعلق إنشاء عقد أو إجازة به لتلف و شبهه فإن موت أحد الزوجين كتلف أحد العوضين في فوات أحد ركني العقد مضافا إلى إطلاق رواية عروة حيث لم يستفصل النبي ص عن موت الشاة أو ذبحه و إتلافه نعم ما ذكره أخيرا من تجدد القابلية بعد العقد حال الإجازة لا يصلح ثمرة للمسألة لبطلان العقد ظاهرا على القولين و كذا فيما لو قارن العقد فقد الشرط.

و بالجملة فباب المناقشة و إن كان واسعا إلا أن الأرجح في النظر ما ذكرناه و ربما يقال بظهور الثمرة في تعلق الخيارات و حق الشفعة و احتساب مبدأ الخيارات و معرفة مجلس الصرف و السلم و الأيمان و النذور المتعلقة بمال البائع أو المشتري و تظهر الثمرة أيضا في العقود المترتبة على الثمن أو المثمن و سيأتي إن شاء الله.

و ينبغي التنبيه على أمور

الأول أن الخلاف في كون الإجازة كاشفة أو ناقلة ليس في مفهومها اللغوي

الأول أن الخلاف فی کون الإجازة کاشفة أو ناقلة لیس فی مفهومها اللغوی

و معنی الإجازة وضعا أو انصرافا بل فی حکمها الشرعی بحسب ملاحظة اعتبار رضا المالک و أدلة وجوب الوفاء بالعقود و غیرهما من الأدلة الخارجیة فلو قصد المجیز الإمضاء من حین الإجازة علی القول بالکشف أو الإمضاء من حین العقد علی القول بالنقل ففی صحتها وجهان.

الثانی أنه یشترط فی الإجازة أن تکون باللفظ الدال علیها علی وجه الصراحة العرفیة

الثانی أنه یشترط فی الإجازة أن تکون باللفظ الدال علیها علی وجه الصراحة العرفیة

کقوله أمضیت و أجزت و أنفذت و رضیت و شبه ذلک. و ظاهر روایة البارقی وقوعها بالکنایة و لیس ببعید إذا اتکل علیها عرفا و الظاهر أن الفعل الکاشف عرفا عن الرضا بالعقد کاف کالتصرف فی الثمن و منه إجازة البیع الواقع علیه کما سیجیء و کتمکین الزوجة من الدخول بها إذا زوجت فضولا کما صرح به العلامة رحمه الله و ربما یحکی عن بعض اعتبار اللفظ بل نسب إلی صریح جماعة و ظاهر آخرین و فی النسبة نظر و استدل علیه بعضهم بأنها کالبیع فی استقرار الملک و هو یشبه المصادرة و یمکن أن یوجه بأن الاستقراء فی النواقل الاختیاریة اللازمة کالبیع و شبهه یقتضی اعتبار اللفظ و من المعلوم أن النقل الحقیقی العرفی من المالک یحصل بتأثیر الإجازة. و فیه نظر بل لو لا شبهه الإجماع الحاصلة من عبارة جماعة من المعاصرین تعین القول بکفایة نفس الرضا إذا علم حصوله من أی طریق کما یستظهر من کثیر من الفتاوی و النصوص فقد علل جماعة عدم کفایة السکوت فی الإجازة بکونه أعم من الرضا فلا- یدل علیه فالعدول عن التعلیل بعدم اللفظ إلی عدم الدلالة کالصریح فیما ذکرنا. و حکی عن آخرین أنه إذا أنکر الموکل الإذن فیما أوقعه الوکیل من المعاملة فحلف انفسخت لأن الحلف یدل علی کراهتها. و ذکر بعض أنه یکفی فی إجازة البکر للعقد الواقع علیها فضولا سکوتها. و من المعلوم أن لیس المراد من ذلک أنه لا یحتاج إلی إجازتها بل المراد کفایة السکوت الظاهر فی الرضا و إن لم یفد القطع دفعا للحرج علیها و علینا ثم إن الظاهر أن کل من قال بکفایة الفعل الکاشف عن الرضا کأکل الثمن و تمکین الزوجة اکتفی به من جهة الرضا المدلول علیه به لا من جهة سببیة الفعل تعبدا. و قد صرح غیر واحد بأنه لو رضی المکره بما فعله صح و لم یعبروا بالإجازة. و قد ورد فیمن زوجت نفسها فی حال السکر أنها إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فذلک رضا منها و عرفت أیضا استدلالهم علی کون الإجازة کاشفة بأن العقد مستجمع للشرائط عدا رضا المالک فإذا حصل عمل السبب التام عمله. و بالجملة فدعوی الإجماع فی المسألة دونها خرط القتاد و حینئذ فالعمومات المتمسک بها لصحة الفضولی السالمة عن ورود مخصص علیها عدا ما دل علی اعتبار رضا المالک فی حل

المکاسب، ج۲، ص ۱۳۶

ماله و انتقاله إلی الغیر و رفع سلطنته عنه أقوی حجة فی المقام مضافا إلی ما ورد فی عدة أخبار من أن سکوت المولی بعد علمه بتزویج عبده إقرار منه له علیه و ما دل علی أن قول المولی لعبده المتزوج بغیر إذنه طلق یدل علی الرضا بالنکاح فیصیر إجازة و علی أن المانع من لزوم نکاح العبد بدون إذن مولاه معصیة المولی التی ترتفع بالرضا. و ما دل علی أن التصرف من ذی الخیار رضا منه و غیر ذلک. بقی فی المقام أنه إذا قلنا بعدم اعتبار إنشاء الإجازة باللفظ و کفایة مطلق الرضا أو الفعل الدال علیه فینبغی أن یقال بکفایة وقوع مثل ذلک مقارنا للعقد أو سابقا فإذا فرضنا أنه علم رضا المالک بقول أو فعل یدل علی رضاه ببیع ماله کفی فی اللزوم لأن ما یؤثر بلحوقه یؤثر بمقارنته بطریق أولی و الظاهر أن الأصحاب لا یلتزمون بذلک فمقتضی ذلک أن لا یصح الإجازة إلا بما لو وقع قبل العقد کان إذنا مخرجا للبیع عن الفضولی. و یؤید ذلک أنه لو کان مجرد الرضا ملزما کان مجرد الکراهة فسخا فیلزم عدم وقوع بیع الفضولی مع نهی المالک لأن الکراهة الحاصلة حینه و بعده و لو آنا ما تکفی فی الفسخ بل یلزم عدم وقوع بیع المکره أصلا إلا أن

یلتزم بعدم کون مجرد الکراهة فسخا و إن کان مجرد الرضا إجازة.

الثالث من شروط الإجازة أن لا یسبقها الرد

الثالث من شروط الإجازة أن لا یسبقها الرد

إذ مع الرد ینفسخ العقد فلا یبقی ما تلحقه الإجازة و الدلیل علیه بعد ظهور الإجماع بل التصریح به فی کلام بعض مشایخنا أن الإجازة إنما تجعل المجیز أحد طرفی العقد و إلا لم یکن مکلفا بالوفاء بالعقد لما عرفت من أن وجوب الوفاء إنما هو فی حق العاقدین أو من قام مقامهما. و قد تقرر أن من شروط الصیغة أن لا یحصل بین طرفی العقد ما یسقطهما عن صدق العقد الذی هو فی معنی المعاهدة هذا مع أن مقتضی سلطنة الناس علی أموالهم تأثیر الرد فی قطع علاقة الطرف الآخر عن ملکه فلا یبقی ما تلحقه الإجازة فتأمل. نعم الصحیحة الواردة فی بیع الولیدة- ظاهرة فی صحة الإجازة بعد الرد اللهم إلا أن یقال إن الرد الفعلی کأخذ المبیع مثلا غیر کاف بل لا بد من إنشاء الفسخ. و دعوی أن الفسخ هنا لیس بأولی من الفسخ فی العقود اللازمة و قد صرحوا بحصوله فیها بالفعل یدفعها أن الفعل الذی یحصل به الفسخ هو فعل لوازم ملک المبیع کالوطئ و العتق و نحوهما لا مثل أخذ المبیع. و بالجملة فالظاهر هنا و فی جمیع الالتزامات عدم الاعتبار بالإجازة الواقعة عقیب الفسخ فإن سلم ظهور الروایة فی خلافه فلتطرح أو تأول.

الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالک علی ماله

الرابع الإجازة أثر من آثار سلطنة المالک علی ماله

فموضوعها المالک فقولنا له أن یجیز مثل قولنا له أن یبیع و الکل راجع إلی أن له أن یتصرف فلو مات المالک لم یورث الإجازة و إنما یورث المال الذی عقد علیه الفضولی فله الإجازة بناء علی ما سیجیء من جواز مغایرة المجیز و المالک حال العقد فیمن باع مال أبیه فبان میتا و الفرق بین إرث الإجازة و إرث المال یظهر بالتأمل.

الخامس إجازة البیع لیست إجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المبیع

الخامس إجازة البیع لیست إجازة لقبض الثمن و لا لإقباض المبیع

و لو أجازهما صریحا أو فهم إجازتهما من إجازة البیع مضت الإجازة لأن مرجع إجازة القبض إلی إسقاط ضمان الثمن عن عهدة المشتری. و مرجع إجازة الإقباض إلی حصول المبیع فی ید المشتری برضا البائع فیترتب علیه جمیع الآثار المترتبة علی قبض المبیع لکن ما ذکرنا إنما یصح فی قبض الثمن المعین و أما قبض الکلی و تشخیصه فوقوعه من الفضولی علی وجه تصححه الإجازة یحتاج إلی دلیل معمم لحکم عقد الفضولی لمثل القبض و الإقباض و إتمام الدلیل علی ذلک لا یخلو عن صعوبة و عن المختلف أنه حکی عن الشیخ أنه لو أجاز المالک بیع الغاصب لم یطالب المشتری بالثمن ثم ضعفه بعدم استلزام إجازة العقد لإجازة القبض و علی أی حال فلو کانت إجازة العقد دون القبض لغوا کما فی الصرف و السلم بعد قبض الفضولی و التفرق کانت إجازة العقد إجازة لقبض صونا للإجازة عن اللغویة و لو قال أجزت العقد دون القبض ففی بطلان العقد أو بطلان رد القبض وجهان.

السادس الإجازة لیست علی الفور

السادس الإجازة لیست علی الفور

للعمومات و لصحیحة محمد بن قیس و أکثر المؤیدات المذکورة بعدها و لو لم یجز المالک و لم یرد حتی لزم تضرر الأصیل بعدم تصرفه فیما انتقل عنه و إلیه علی القول بالکشف- فالأقوی تدارکه بالخیار أو إجبار المالک علی أحد الأمرین- .

السابع هل يعتبر فی صحهٔ الإجازهٔ مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا أم لا

السابع هل يعتبر فی صحهٔ الإجازهٔ مطابقتها للعقد الواقع عموما أو خصوصا أم لا
وجهان الأقوى التفصيل فلو أوقع العقد على صفقهٔ فأجاز المالک بيع بعضها فالأقوى الجواز كما لو كانت الصفقهٔ بين مالكين فأجاز أحدهما و ضرر التبعض على المشتری يجبر بالخيار و لو أوقع العقد على شرط فأجاز المالک مجردا عن الشرط فالأقوى عدم الجواز بناء على عدم قابليهٔ العقد للتبعيض من حيث الشرط و إن كان قابلا للتبعيض من حيث الجزء و لذا لا يؤثر بطلان الجزء بخلاف بطلان الشرط و لو انعكس الأمر بأن عقد الفضولی مجردا عن الشرط و أجاز المالک مشروطا ففی صحهٔ الإجازهٔ مع الشرط إذا رضی به الأصيل فيكون نظير الشرط الواقع فی ضمن القبول إذا رضی به الموجب أو بدون الشرط لعدم وجوب الوفاء بالشرط إلا إذا وقع فی حيز العقد فلا يجدی وقوعه فی حيز القبول إلا إذا تقدم على الإيجاب ليرد الإيجاب عليه أيضا أو بطلانها لأنه إذا لغا الشرط لغا المشروط لكون المجموع التزاما واحدا أقواها الأخير.

و أما القول فی المجيز

اشارهٔ

و أما القول فی المجيز
فاستقصاؤه يتم ببيان أمور

الأول يشترط فی المجيز أن يكون حين الإجازهٔ جائز التصرف بالبلوغ و العقل و الرشد

و لو أجاز المريض بنی نفوذها على منجزات المريض- و لا فرق فيما ذكر بين القول بالكشف و النقل.

الثانی هل يشترط فی صحهٔ عقد الفضولی وجود مجيز حين العقد

فلا يجوز بيع مال اليتيم لغير مصلحهٔ و لا تنفعه إجازته إذا بلغ أو إجازهٔ وليه إذا حدثت المصلحهٔ بعد البيع أم لا يشترط قولان أولهما للعلامهٔ فی ظاهر القواعد و استدل له بأن صحهٔ العقد و الحال هذه ممتنعهٔ فإذا امتنع فی زمان امتنع دائما و بلزوم الضرر على المشتری لامتناع تصرفه فی العين- لإمكان عدم
المكاسب، ج۲، ص ۱۳۷
الإجازهٔ و لعدم تحقق المقتضی و فی الثمن لإمكان تحقق الإجازهٔ فيكون قد خرج عن ملكه. و يضعف الأول مضافا إلی ما قيل من انتقاضه بما إذا كان المجيز بعيدا امتنع الوصول إليه عادهٔ بمنع ما ذكره من أن امتناع صحهٔ العقد فی زمان يقتضی امتناعه دائما سواء قلنا بالنقل أم بالكشف و أما الضرر فيتدارک بما تتدارک به صورهٔ النقض المذكورهٔ هذا كله مضافا إلی الأخبار الواردهٔ فی تزويج الصغار فضولا الشاملهٔ لصورهٔ ولی النكاح و إهماله الإجازهٔ إلی بلوغهم و صورهٔ عدم وجود الولی بناء على عدم ولايهٔ الحاكم على الصغير فی النكاح و انحصار الولی فی الأب و الجد و الوصی على خلاف فيه و كيف كان فالأقوى عدم الاشتراط وفاقا للمحكی عن ابن المتوج البحرانی و الشهيد و المحقق الثانی و غيرهم بل لم يرجحه غير العلامهٔ ره ثم اعلم أن العلامهٔ فی القواعد مثل لعدم وجوب المجيز ببيع مال اليتيم.
و حكی عن بعض العامهٔ و هو البيضاوی على ما قيل الإيراد عليه لا يتم على مذهب الإماميهٔ القائلين بوجود الإمام ع فی كل عصر. و عن المصنف قدس سره أنه أجاب بأن الإمام غير متمكن من الوصول إليه و انتصر للمورد بأن نائب الإمام و هو المجتهد الجامع

للشرائط موجود بل لو فرض عدم المجتهد فالعدول موجودون بل للفساق الولاية على الطفل فى مصالحه مع عدم العدول لكن الانتصار فى غير محله إذ كما يمكن فرض عدم التمكن من الإمام يمكن عدم اطلاع نائبه من المجتهد و العدول أيضا فإن أريد وجود ذات المجيز فالأولى منع تسليم دفع الاعتراض بعدم التمكن من الإمام ع و إن أريد وجوده مع تمكنه من الإجازة فيمكن فرض عدمه فى المجتهد و العدول إذا لم يطلعوا على العقد فالأولى ما فعله فخر الدين و المحقق الثانى من تقييد بيع مال اليتيم بما إذا كان على خلاف المصلحة فيرجع الكلام أيضا إلى اشتراط إمكان فعليه الإجازة من المجيز لا وجود ذات من شأنه الإجازة فإنه فرض غير واقع فى الأموال.

الثالث لا يشترط فى المجيز كونه جائز التصرف حال العقد

اشارة

سواء كان عدم التصرف لأجل عدم المقتضى أم للمانع و عدم المقتضى قد يكون لأجل عدم كونه مالكا و لا مأذونا حال العقد و قد يكون لأجل كونه محجورا عليه لسفه أو جنون أو غيرهما و المانع كما لو باع الراهن بدون إذن المرتهن ثم فك الرهن. فالكلام يقع فى مسائل

الأولى أن يكون المالك حال العقد هو المالك حال الإجازة

لكن المجيز لم يكن حال العقد جائز التصرف لحجر- و الأقوى صحة الإجازة بل عدم الحاجة إليها إذا كان عدم جواز التصرف لتعلق حق الغير كما لو باع الراهن ففك الرهن قبل مراجعة المرتهن فإنه لا حاجة إلى الإجازة كما صرح به فى التذكرة

الثانية أن يتجدد الملك بعد العقد فيجيز المالك الجديد

اشارة

سواء أ كان هو البائع أم غيره لكن عنوان المسألة فى كلمات القوم هو الأول و هو ما لو باع شيئا ثم ملكه و هذه تتصور على صور لأن غير المالك إما أن يبيع لنفسه أو للمالك و الملك إما أن ينتقل إليه باختياره كالشراء أو بغير اختياره كالإرث ثم البائع الذى يشترى الملك إما أن يجيز العقد الأول و إما أن لا يجيزه فيقع الكلام فى وقوعه للمشترى الأول بمجرد شراء البائع له

و المهم هنا التعرض لبيان ما لو باع لنفسه ثم اشتراه من المالك و أجاز

اشاره

و ما لو باع و اشترى و لم يجز إذا يعلم حكم غيرهما منهما. أما المسألة الأولى فقد اختلفوا فيها- فظاهر المحقق فى باب الزكاة من المعتبر فيما إذا باع المالك النصاب قبل إخراج الزكاة أو رهنه أنه صح البيع و الرهن فيما عدا الزكاة فإن اغترم حصة الفقراء قال الشيخ صح البيع و الرهن و فيه إشكال لأن العين مملوكة و إذا أدى العوض ملكها ملكا مستأنفا فافتقر بيعها إلى إجازة مستأنفة كما لو باع مال غيره ثم اشتراه انتهى. بل يظهر مما حكاه عن الشيخ عدم الحاجة إلى الإجازة إلا أن يقول الشيخ بتعلق الزكاة بالعين كتعلق الدين بالرهن فإن الراهن إذا باع ففك الرهن قبل مراجعة المرتهن لزم و لم يحتج إلى إجازة مستأنفة و بهذا القول صرح الشهيد رحمه الله فى الدروس و هو ظاهر المحكى عن الصيمرى و المحكى عن المحقق الثانى فى تعليق الإرشاد هو البطلان و مال إليه بعض

المعاصرين تبعا لبعض معاصريه

[الأقوى الصحة]

و الأقوى هو الأول للأصل و العمومات السليمة عما يرد عليه

[ما أورده المحقق التسترى على الصحة]

اشارة

ما عدا أمور لفقها بعض من قارب عصرنا مما يرجع أكثرها إلى ما ذكر فى الإيضاح و جامع المقاصد

[الإيراد الأول و جوابه]

الأول أنه قد باع مال الغير لنفسه و قد مر الإشكال فيه و ربما لا يجرى فيه بعض ما ذكر هناك و فيه أنه قد سبق أن الأقوى صحته و ربما يسلم هنا عن بعض الإشكالات الجارية هناك مثل مخالفة الإجازة لما قصده المتعاقدان.

[الإيراد الثانى و جوابه]

أنا حيث جوزنا بيع غير المملوك مع انتفاء الملك و رضا المالك و القدرة على التسليم فقد اكتفينا بحصول ذلك للمالك المجيز لأنه البائع حقيقة و الفرض هنا عدم إجازته و عدم وقوع البيع عنه و فيه أن الثابت هو اعتبار رضا من هو المالك حال الرضا سواء ملك حال العقد أم لا لأن الداعى على اعتبار الرضا سلطنة الناس على أموالهم و عدم حلها لغير ملاكها بغير طيب أنفسهم و قبح التصرف فيها بغير رضاهم و هذا المعنى لا يقتضى أزيد مما ذكرنا و أما القدرة على التسليم فلا نضايق من اعتبارها فى المالك حين العقد و لا يكتفى بحصولها فيمن هو مالك حين الإجازة و هذا كلام آخر لا يقدح التزامه فى صحة البيع المذكور لأن الكلام بعد استجماعه للشروط المفروغ عنها.

[الإيراد الثالث و جوابه]

الثالث أن الإجازة حيث صحت كاشفة على الأصح مطلقا لعموم الدليل الدال عليه و يلزم حينئذ خروج المال عن ملك البائع قبل دخوله فيه و فيه منع كون الإجازة كاشفة مطلقا عن خروج الملك عن ملك المجيز من حين العقد حتى فيما لو كان المجيز غير مالك حين العقد فإن مقدار كشف الإجازة تابع لصحة البيع فإذا ثبت بمقتضى العمومات أن العقد الذى أوقعه البائع لنفسه عقد صدر من أهل العقد فى المحل القابل للعقد عليه و لا مانع من وقوعه إلا عدم رضا مالكه فكما أن مالكه الأول إذا رضى يقع البيع له فكذلك مالكه الثانى إذا رضى يقع البيع له و لا دليل على اعتبار كون الرضا المتأخر ممن هو مالك حال العقد و حينئذ فإذا ثبتت صحته بالدليل فلا محيص عن القول بأن الإجازة كاشفة

المكاسب، ج۲، ص ۱۳۸

عن خروج المال عن ملك المجيز فى أول أزمنة قابليته إذ لا يمكن الكشف فيه على وجه آخر فلا يلزم من التزام هذا المعنى على الكشف محال عقلى و لا شرعى حتى يرفع اليد من أجله عن العمومات المقتضية للصحة فإن كان لا بد من الكلام فينبغى فى

المقتضى للصحة أو فى القول بأن الواجب فى الكشف عقلا أو شرعا أن يكون عن خروج المال ملك المجيز وقت العقد. و قد عرفت أن لا كلام فى مقتضى الصحة و لذا لم يصدر من المستدل على البطلان و أنه لا مانع عقلا و لا شرعا من كون الإجازة كاشفة من زمان قابلية تأثيرها و لا يتوهم أن هذا نظير ما لو خصص المالك الإجازة بزمان متأخر عن العقد إذ التخصيص إنما يقدح مع القابلية كما أن تعميم الإجازة لما قبل ملك المجيز بناء على ما سبق فى دليل الكشف من أن معنى الإجازة إمضاء العقد من حين الوقوع أو إمضاء العقد الذى مقتضاه النقل من حين الوقوع غير قادح مع عدم قابلية تأثيرها إلا من زمان ملك المجيز للمبيع.

[الإيراد الرابع

اشارة

الرابع أن العقد الأول إنما صح و ترتب عليه أثره بإجازة الفضولي و هي متوقفة على صحة العقد الثاني المتوقفة على بقاء الملك على ملك مالكه الأصلي فتكون صحة الأول مستلزمة لكون المال المعين ملكا للمالك و ملكا للمشتري معا في زمان واحد و هو محال لتضادهما فوجود الثاني يقتضي عدم الأول و هو موجب لعدم الثاني أيضا فيلزم وجوده و عدمه في آن واحد و هو محال. فإن قلت مثل هذا لازم في كل عقد فضولي- لأن صحته موقوفة على الإجازة المتأخرة المتوقفة على بقاء مالك المالك و مستلزمة لملك المشتري كذلك فيلزم كونه بعد العقد ملك المالك و المشتري معا في آن واحد فيلزم إما بطلان عقد الفضولي مطلقا أو بطلان القول بالكشف فلا اختصاص لهذا الإيراد بما نحن فيه. قلنا يكفي في الإجازة ملك المالك ظاهرا و هو الحاصل من استصحاب ملكه السابق لأنها في الحقيقة رفع اليد و إسقاط للحق و لا يكفي الملك الصوري في العقد الثاني.

[الجواب عن الإيراد الرابع

أقول قد عرفت أن القائل بالصحة ملتزم بكون الأثر المترتب على العقد الأول بعد إجازة العاقد له هو تملك المشترى له من حين ملك العاقد لا من حين العقد و حينئذ فتوقف إجازة العقد الأول على صحة العقد الثانى مسلم و توقف صحة العقد الثانى على بقاء الملك على ملك مالكه الأصلى إلى زمان العقد مسلم أيضا فقوله صحة الأول تستلزم كون المال ملكا للمالك و المشترى فى زمان واحد ممنوع بل صحته تستلزم خروج العين عن ملكية المالك الأصلى. نعم إنما يلزم ما ذكره من المحال إذا ادعى وجوب كون الإجازة كاشفة عن الملك حين العقد و لكن هذا أمر تقدم دعواه فى الوجه الثالث و قد تقدم منعه فلا وجه لإعادته بتقرير آخر كما لا يخفى. نعم يبقى فى المقام الإشكال الوارد فى مطلق الفضولى على القول بالكشف و هو كون الملك حال الإجازة للمجيز و المشترى معا و هذا إشكال آخر تعرض لاندفاعه أخيرا غير الإشكال الذى استنتجه من المقدمات المذكورة و هو لزوم كون الملك للمالك الأصلى و للمشترى.

نعم يلزم من ضم هذا الإشكال العام- إلى ما يلزم فى المسألة على القول بالكشف من حين العقد اجتماع ملاك ثلاثة على ملك واحد قبل العقد الثانى لوجوب التزام مالكية المالك الأصلى حتى يصح العقد الثانى و مالكية المشترى له لأن الإجازة تكشف عن ذلك و مالكية العاقد له لأن ملك المشترى لا بد أن يكون عن ملكه و إلا لم تنفع إجازته فى ملكه من حين العقد لأن إجازة غير المالك لا يخرج ملك الغير إلى غيره. ثم إن ما أجاب به عن الإشكال الوارد فى مطلق الفضولى لا يسمن و لا يغنى لأن الإجازة إذا وقعت فإن كشفت عن مالك المشترى قبلها كشفت عما يبطلها لأن الإجازة لا تكون إلا من المالك الواقعى و المالك الظاهرى إنما يجدى إجازته إذا لم ينكشف كون غيره مالكا حين الإجازة و لذا لو تبين فى مقام آخر كون المجيز غير المالك لم تنفع إجازته لأن المالكية من الشرائط الواقعية دون العلمية. ثم إن ما ذكره فى الفرق بين الإجازة و العقد الثانى من كفاية الملك الصورى فى الأول

دون الثانی تحکم صرف خصوصا مع تعلیله بأن الإجازة رفع للید و إسقاط للحق فلیت شعری أن إسقاط الحق کیف یجدی و ینفع مع عدم الحق واقعا مع أن الإجازة رفع للید من الملک أیضا بالبدیهة. و التحقیق أن الإشکال إنما نشأ من الإشکال الذی ذکرناه سابقا فی کاشفیة الإجازة علی الوجه المشهور من کونها شرطا متأخرا یوجب حدوثه تأثیر السبب المتقدم من زمانه.

[الإیراد الخامس و جوابه

الخامس أن الإجازة المتأخرة لما کشفت عن صحة العقد الأول- و عن کون المال ملک المشتری الأول فقد وقع العقد الثانی علی ماله فلا بد من إجازته کما لو بیع المبیع من شخص آخر فأجاز المالک البیع الأول فلا بد من إجازة المشتری البیع الثانی حتی یصح و یلزم فعلی هذا یلزم توقف إجازة کل من الشخصین علی إجازة الآخر و توقف صحة کل من العقدین و الإجازة- علی إجازة المشتری غیر الفضولی و هو من الأعاجیب بل من المستحیل لاستلزام ذلک عدم تملک المالک الأصیل شیئا من الثمن و المثمن و تملک المشتری الأول المبیع بلا عوض إن اتحد الثمنان و دون تمامه إن زاد الأول و مع زیادة إن نقص لانکشاف وقوعه فی ملکه فالثمن له و قد کان المبیع له أیضا بما بذله من الثمن و هو ظاهر. و الجواب عن ذلک ما تقدم فی سابقه من ابتنائه علی وجوب کون الإجازة کاشفة عن الملک من حین العقد و هو ممنوع. و الحاصل أن منشأ الوجوه [الثلاثة] الأخیرة شیء واحد و المحال علی تقدیره مسلم بتقریرات مختلفة قد نبه علیه فی الإیضاح و جامع المقاصد

[الإیراد السادس و جوابه

السادس أن من المعلوم أنه یکفی فی إجازة المالک و فسخه- فعل ما هو من لوازمهما فلما باع المالک ماله من الفضولی بالعقد الثانی فقد نقل المال عن نفسه و تملک الثمن و هو لا یجامع صحة العقد الأول فإنها تقتضی تملک المالک للثمن الأول و حیث وقع الثانی یکون فسخا له و إن لم یعلم بوقوعه فلا تجدی الإجازة المتأخرة. و بالجملة حکم عقد الفضولی قبل الإجازة کسائر العقود الجائزة بل أولی منها فکما أن التصرف المنافی مبطل لها کذلک عقد الفضولی. و الجواب أن فسخ عقد الفضولی هو إنشاء رده و أما الفعل المنافی لمضیه کتزویج المعقودة فضولا نفسها من آخر و بیع المالک ماله المبیع فضولا

المکاسب، ج۲، ص ۱۳۹

من آخر فلیس فسخا له خصوصا مع عدم التفاته إلی وقوع عقد الفضولی غایة ما فی الباب أن الفعل المنافی لمضی العقد مفوت لمحل الإجازة فإذا فرض وقوعه صحیحا فات محل الإجازة و یخرج العقد عن قابلیة الإجازة إما مطلقا کما فی مثال التزویج أو بالنسبة إلی من فات محل الإجازة بالنسبة إلیه کما فی مثال البیع فإن محل الإجازة إنما فات بالنسبة إلی الأول فللمالک الثانی أن یجیز. نعم لو فسخ المالک الأول نفس العقد بإنشاء الفسخ بطل العقد من حینه إجماعا و لعموم تسلط الناس علی أموالهم بقطع علاقة الغیر عنها. فالحاصل أنه إن أرید من کون البیع الثانی فسخا إنه إبطال لأثر العقد فی الجملة فهو مسلم و لا یمنع ذلک من بقاء العقد متزلزلا بالنسبة إلی المالک الثانی فیکون له إجازة و إن أرید أنه إبطال للعقد رأسا فهو ممنوع إذ لا دلیل علی کونه کذلک و تسمیة مثل ذلک الفعل ردا فی بعض الأحیان من حیث إنه مسقط للعقد عن التأثیر بالنسبة إلی فاعله بحیث تکون الإجازة منه بعده لغوا. نعم لو فرضنا قصد المالک من ذلک الفعل فسخ العقد بحیث یعد فسخا فعلیا لم یبعد کونه کالإنشاء بالقول لکن الالتزام بذلک لا یقدح فی المطلب إذ المقصود أن مجرد بیع المالک لا یوجب بطلان العقد و لذا لو فرضنا انکشاف فساد هذا البیع بقی العقد علی حالة من قابلیة لحوق الإجازة. و أما الالتزام فی مثل الهبة و البیع فی زمان الخیار بانفساخ العقد من ذی الخیار بمجرد الفعل المنافی فلأن صحة التصرف المنافی تتوقف علی فسخ العقد و إلا وقع فی ملک الغیر بخلاف ما نحن فیه فإن تصرف المالک فی ماله المبیع فضولا صحیح فی نفسه لوقوعه فی ملکه فلا یتوقف علی فسخه غایة الأمر أنه إذا تصرف فات محل الإجازة و من ذلک یظهر ما فی قوله

رحمه الله أخيرا و بالجملة حكم عقد الفضولى حكم سائر العقود الجائزة بل أولى فإن قياس العقد المتزلزل من حيث الحدوث على المتزلزل من حيث البقاء قياس مع الفارق فضلا عن دعوى الأولوية و سيجيء مزيد بيان لذلك فى بيان ما يتحقق به الرد.

[الإيراد السابع

اشارة

السابع الأخبار المستفيضة الحاكية لنهى النبى ص عن بيع ما ليس عندك- فإن النهى فيها إما لفساد البيع المذكور مطلقا بالنسبة إلى المخاطب و إلى المالك فيكون دليلا على فساد العقد الفضولى و إما لبيان فساده بالنسبة إلى المخاطب خاصة كما استظهرناه سابقا فيكون دالا على عدم وقوع بيع مال الغير لبائعه مطلقا و لو ملكه فأجاز بل الظاهر إرادة حكم خصوص صورة تملكه بعد البيع و إلا فعدم وقوعه له قبل تملكه مما لا يحتاج إلى البيان. و خصوص رواية يحيى بن الحجاج المصححة إليه قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل يقول لى اشتر لى هذا الثوب و هذه الدابة و بعنيها أربحك فيها كذا و كذا قال لا بأس بذلك اشترها و لا تواجبه البيع قبل أن تستوجبها أو تشتريها. و رواية خالد بن الحجاج قال: قلت لأبى عبد الله ع الرجل يجيئنى و يقول اشتر هذا الثوب و أربحك كذا و كذا قال أ ليس إن شاء أخذ و إن شاء ترك قلت بلى قال لا بأس به إنما يحلل الكلام و يحرم الكلام بناء على أن المراد بالكلام عقد البيع فيحلل نفيا و يحرم إثباتا كما فهمه فى الوافى أو يحلل إذا وقع بعد الاشتراء- و يحرم إذا وقع قبله أو أن الكلام الواقع قبل الاشتراء يحرم إذا كان بعنوان العقد الملزم و يحلل إذا كان على وجه المساومة و المراضاة. و صحيحة ابن مسلم قال: سألته عن رجل أتاه رجل فقال له ابتع لى متاعا لعلى أشتريه منك بنقد أو نسيئة فابتاعه الرجل من أجله قال ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه.: و صحيحة منصور بن حازم عن أبى عبد الله ع فى رجل أمر رجلا يشترى له متاعا فيشتريه منه قال لا بأس بذلك إنما البيع بعد ما يشتريه. و صحيحة معاوية بن عمار قال: سألت أبا عبد الله ع يجيئنى الرجل فيطلب منى بيع الحرير و ليس عندى منه شيء فيقاولنى عليه و أقاوله فى الربح و الأجل حتى يجتمع على شيء ثم أذهب لأشترى الحرير فأدعوه إليه المتاع فقال أ رأيت إن وجد هو مبيعا أحب إليه مما عندك أ يستطيع أن ينصرف إليه عنه [و يدعك أو وجدت أنت ذلك أ تستطيع أن تنصرف عنه و تدعه قلت نعم قال لا بأس. و غيرها من الروايات و لا يخفى ظهور هذه الأخبار من حيث المورد فى بعضها و من حيث التعليل فى بعضها الآخر فى عدم صحة البيع قبل الاشتراء و أنه يشترط فى البيع الثانى تملك البائع له و استقلاله فيه و لا يكون قد سبق منه و من المشترى إلزام و التزام سابق بذلك المال.

[الجواب عن الإيراد السابع

و الجواب عن العمومات أنها إنما تدل على عدم ترتب الأثر المقصود من البيع و هو النقل و الانتقال المنجز على بيع ما ليس عنده فلا يجوز ترتب الأثر على هذا البيع لا من طرف البائع بأن يتصرف فى الثمن و لا من طرف المشترى بأن يطالب البائع بتسليم المبيع و منه يظهر الجواب عن الأخبار- فإنها لا تدل خصوصا بملاحظة قوله ع: و لا تواجبه البيع قبل أن تستوجبها إلا على أن الممنوع منه هو الإلزام و الالتزام من المتبايعين بآثار البيع المذكور قبل الاشتراء فكذا بعده من دون حاجة إلى إجازة و هى المسألة الآتية أعنى لزوم البيع بنفس الاشتراء من البائع من دون حاجة إلى الإجازة و سيأتى أن الأقوى فيها البطلان. و ما قيل من أن تسليم البائع المبيع بعد اشترائه إلى المشترى الأول مفروض فى مورد الروايات و هو إجازة فعلية مدفوع بأن التسليم إنما وقع باعتقاد لزوم البيع السابق و كونه من مقتضيات لزوم العقد و أنه مما لا اختيار للبائع فيه بل يجبر عليه إذا امتنع فهذا لا يعد إجازة و لا يترتب عليه أحكام الإجازة فى باب الفضولى لأن المعتبر فى الإجازة قولا و فعلا ما يكون عن سلطنة و استقلال لأن ما يدل على اعتبار طيب النفس فى صيرورة مال الغير

حلالا لغيره يدل على عدم كفاية ذلك. نعم يمكن أن يقال إن مقتضى تعليل نفى البأس- في رواية خالد المتقدمة بأن المشترى إن شاء أخذ و إن شاء ترك ثبوت البأس فى البيع السابق بمجرد لزومه على الأصيل و هذا محقق فيما نحن فيه بناء على ما تقدم من أنه ليس للأصيل فى عقد الفضولى فسخ المعاملة قبل إجازة المالك أو رده لكن الظاهر بقرينة النهى عن مواجبة البيع فى الخبر المتقدم إرادة اللزوم من الطرفين.

المكاسب، ج۲، ص ۱۴۰

و الحاصل أن دلالة الروايات عموما و خصوصا- على النهى عن البيع قبل الملك مما لا مساغ لإنكاره و دلالة النهى على الفساد أيضا مما لم يقع فيه المناقشة فى هذه المسألة إلا أنا نقول إن المراد بفساد البيع هو عدم ترتب ما يقصد منه عرفا من الآثار فى مقابل الصحة التى هى إمضاء الشارع لما يقصد عرفا من إنشاء البيع مثلا لو فرض حكم الشارع بصحة بيع الشيء قبل تملكه على الوجه الذى يقصده أهل المعاملة كان يترتب عليه بعد البيع النقل و الانتقال و جواز تصرف البائع فى الثمن و جواز مطالبة المشترى البائع بتحصيل المبيع من مالكه و تسليمه و عدم جواز امتناع البائع بعد تحصيله عن تسليمه ففساد البيع بمعنى عدم ترتب جميع ذلك عليه و هو لا ينافى قابلية العقد للحوق الإجازة من مالكه حين العقد أو ممن يملكه بعد العقد و لا يجب على القول بدلالة النهى على الفساد وقوع المنهى عنه لغوا غير مؤثر أصلا كما يستفاد من وجه دلالة النهى على الفساد فإن حاصله دعوى دلالة النهى على إرشاد المخاطب و بيان أن مقصوده من الفعل المنهى عنه و هو الملك و السلطنة من الطرفين لا- يترتب عليه فهو غير مؤثر فى مقصود المتبايعين لا- أنه لغو من جميع الجهات فافهم اللهم إلا أن يقال إن عدم ترتب جميع مقاصد المتعاقدين على عقد بمجرد إنشائه مع وقوع مدلول ذلك العقد فى نظر الشارع مقيدا بانضمام بعض الأمور اللاحقة كالقبض فى الهبة و نحوها و الإجازة فى الفضولى لا يقتضى النهى عنها بقول مطلق إذ معنى صحة المعاملة شرعا أن يترتب عليها شرعا المدلول المقصود من إنشائه و لو مع شرط لاحق و عدم بناء المتعاملين على مراعاة ذلك الشرط لا- يوجب النهى عنه إلا- مقيدا بتجرده عن لحوق ذلك الشرط فقصدهم ترتب الملك المنجز على البيع قبل التملك بحيث يسلمون الثمن و يطالبون المبيع لا- يوجب الحكم عليه بالفساد. فالإنصاف أن ظاهر النهى فى تلك الروايات هو عدم وقوع البيع قبل التملك للبائع و عدم ترتب أثر الإنشاء المقصود منه عليه مطلقا حتى مع الإجازة و أما صحته بالنسبة إلى المالك إذا أجاز فلأن النهى راجع إلى وقوع البيع المذكور للبائع فلا- تعرض فيه لحال المالك إذا أجاز فيرجع فيه إلى مسألة الفضولى. نعم قد يخدش فيها أن ظاهر كثير من الأخبار المتقدمة- ورودها فى بيع الكلى و أنه لا يجوز بيع الكلى فى الذمة ثم اشتراء بعض أفراده و تسليمه إلى المشترى الأول و المذهب جواز ذلك و إن نسب الخلاف فيه إلى بعض العبائر فيقوى فى النفس أنها و ما ورد فى سياقها فى بيع الشخصى أيضا كروايتى يحيى و خالد المتقدمين أريد بها الكراهة أو وردت فى مقام التقية لأن المنع عن بيع الكلى حالا مع عدم وجوده عند البائع حال البيع مذهب جماعة من العامة كما صرح به فى بعض الأخبار مستندين فى ذلك إلى النهى النبوى عن بيع ما ليس عندك لكن الاعتماد على هذا التوهين و رفع اليد عن الروايتين المتقدمتين الواردتين فى بيع الشخصى و عموم مفهوم التعليل فى الأخبار الواردة فى بيع الكلى خلاف الإنصاف إذ غاية الأمر حمل الحكم فى مورد تلك الأخبار و هو بيع الكلى قبل التملك على التقية و هو لا- يوجب طرح مفهوم التعليل رأسا فتدبر فالأقوى العمل بالروايات و الفتوى بالمنع عن البيع المذكور. و مما يؤيد المنع مضافا إلى ما سيأتى عن التذكرة و المختلف من دعوى الاتفاق رواية الحسن بن زياد الطائى الواردة فى نكاح العبد بغير إذن مولاه قال: قلت لأبى عبد الله ع إنى كنت رجلا- مملوكا فتزوجت بغير إذن مولاى ثم أعتقنى الله بعد فأجدد النكاح قال فقال علموا أنك تزوجت قلت نعم قد علموا فسكتوا و لم يقولوا لى شيئا قال ذلك إقرار منهم أنت على نكاحك الخبر فإنها ظاهرة بل صريحة فى أن علة البقاء بعد العتق على ما فعله بغير إذن مولاه هو إقراره المستفاد من سكوته فلو كانت صيرورته حرا مالكا لنفسه مسوغة للبقاء مع إجازته أو بدونها لم يحتج إلى الاستفصال عن أن المولى سكت أم لا للزوم العقد حينئذ على كل تقدير.

[مورد الروايات ما لو باع لنفسه غير مترقب للإجازة]

ثم إن الواجب على كل تقدير هو الاقتصار على مورد الروايات و هو ما لو باع البائع لنفسه و اشترى المشترى غير مترقب لإجازة المالك و لا لإجازة البائع إذا صار مالكا و هذا هو الذى ذكره العلامة رحمه الله فى التذكرة نافيا للخلاف فى فساده قال و لا يجوز أن يبيع عينا لا ـ يملكها و يمضى ليشتريها و يسلمها و به قال الشافعي و أحمد و لا نعلم فيه خلافا لقوله ص: لا تبع ما ليس عندك و لاشتمالها على الغرر فإن صاحبها قد لا يبيعها و هو غير مالك لها و لا قادر على تسليمها أما لو اشترى موصوفا فى الذمة سواء كان حالا أم مؤجلا فإنه جائز إجماعا انتهى. و حكى عن المختلف الإجماع على المنع أيضا و استدلاله بالغرر و عدم القدرة على التسليم ظاهر بل صريح فى وقوع الاشتراء غير مترقب لإجازة مجيز بل وقع على وجه يلزم على البائع بعد البيع تحصيل المبيع و تسليمه فحينئذ لو تبايعا على أن يكون العقد موقوفا على الإجازة فاتفقت الإجازة من المالك أو من البائع بعد تملكه لم يدخل فى مورد الأخبار و لا فى معقد الاتفاق و لو تبايعا على أن يكون اللزوم موقوفا على تملك البائع دون إجازته فظاهر عبارة الدروس أنه من البيع المنهى عنه فى الأخبار المذكورة حيث قال و كذا لو باع ملك غيره ثم انتقل إليه فأجازه و كذا لو أراد لزوم البيع بالانتقال فهو بيع ما ليس عنده و قد نهى عنه انتهى. لكن الإنصاف ظهورها فى الصورة الأولى و هى ما لو تبايعا قاصدين لتنجز النقل و الانتقال و عدم الوقوف على شيء.

و ما ذكره فى التذكرة كالصريح فى ذلك حيث علل المنع بالضرر و عدم القدرة على التسليم و أصرح منه كلامه المحكى عن المختلف فى فصل النقد و النسيئة و لو باع عن المالك فاتفق انتقاله إلى البائع– فأجازه فالظاهر أيضا الصحة لخروجه عن مورد الأخبار. نعم قد يشكل فيه من حيث إن الإجازة لا متعلق لها لأن العقد السابق كان إنشاء للبيع عن المالك الأصلى و لا معنى لإجازة هذا بعد خروجه عن ملكه و يمكن دفعه بما اندفع به سابقا الإشكال فى عكس المسألة و هى ما لو باعه الفضولى لنفسه فأجازه المالك لنفسه فتأمل. و لو باع لثالث معتقدا لتملكه أو بانيا عليه عدوانا فإن أجاز المالك فلا كلام فى الصحة

المكاسب، ج۲، ص ۱۴۱

بناء على المشهور من عدم اعتبار وقوع البيع عن المالك و إن ملكه الثالث و أجازه أو ملكه البائع فأجازه فالظاهر أنه داخل فى المسألة السابقة

[لو باع لنفسه ثم تملكه و لم يجز]

ثم إنه قد ظهر مما ذكرناه فى المسألة المذكورة حال المسألة الأخرى و هى ما لو لم يجز البائع بعد تملكه فإن الظاهر بطلان البيع الأول لدخوله تحت الأخبار المذكورة يقينا– مضافا إلى قاعدة تسلط الناس على أموالهم و عدم صيرورتها حلالا من دون طيب النفس فإن المفروض أن البائع بعد ما صار مالكا لم تطب نفسه بكون ماله للمشترى الأول و التزامه قبل تملكه بكون هذا المال المعين للمشترى ليس التزاما إلا ـ بكون مال غيره له اللهم إلا ـ أن يقال إن مقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود و الشروط على كل عاقد و شارط هو اللزوم على البائع بمجرد انتقال المال إليه و إن كان قبل ذلك أجنبيا لا حكم لوفائه و نقضه و لعله لأجل ما ذكرنا رجح فخر الدين فى الإيضاح بناء على صحة الفضولى صحة العقد المذكور بمجرد الانتقال من دون توقف على الإجازة قيل و يلوح هذا من الشهيد الثانى فى هبة المسالك و قد سبق استظهاره من عبارة الشيخ المحكية فى المعتبر لكن يضعفه أن البائع غير مأمور بالوفاء قبل الملك فيستصحب و المقام مقام استصحاب حكم الخاص لا ـ مقام الرجوع إلى حكم العام فتأمل– مضافا إلى معارضة العموم المذكور– بعموم سلطنة الناس على أموالهم و عدم حلها لغيرهم إلا عن طيب النفس.

و فحوى الحكم المذكور فى رواية الحسن بن زياد المتقدمة فى نكاح العبد بدون إذن مولاه و إن عتقه لا يجدى فى لزوم النكاح لو

لا سكوت المولى الذى هو بمنزلة الإجازة ثم لو سلم عدم التوقف على الإجازة فإنما هو فيما إذا باع الفضولى لنفسه أما لو باع فضولا للمالك أو لثالث ثم ملك هو فجريان عموم الوفاء بالعقود و الشروط بالنسبة إلى البائع أشكل و لو باع وكالة عن المالك فبان انعزاله بموت الموكل فلا إشكال فى عدم وقوع البيع له بدون الإجازة و لا معها.

نعم يقع للوارث مع إجازته

المسألة الثالثة ما لو باع معتقدا لكونه غير جائز التصرف فبان كونه جائز التصرف

اشارة

و عدم جواز التصرف المنكشف خلافه إما لعدم الولاية فانكشف كونه وليا و إما لعدم الملك فانكشف كونه مالكا و على كل منهما فإما أن يبيع عن المالك و إما أن يبيع لنفسه فالصور أربعة

الأولى أن يبيع عن المالك فانكشف كونه وليا على البيع

فلا ينبغى الإشكال فى اللزوم حتى على القول ببطلان الفضولى- لكن الظاهر من المحكى عن القاضى أنه إذا أذن السيد لعبده فى التجارة فباع و اشترى و هو لا يعلم بإذن سيده و لا علم به أحد لم يكن مأذونا فى التجارة و لا يجوز شىء مما فعله فإن علم بعد ذلك و اشترى و باع جاز ما فعله بعد الإذن و لم يجز ما فعله قبل ذلك فإن أمر السيد قوما أن يبايعوا العبد و العبد لا يعلم بإذنه له كان بيعه و شراؤه منهم جائزا و جرى ذلك مجرى الإذن الظاهر فإن اشترى العبد بعد ذلك من غيرهم و باع جاز انتهى و عن المختلف الإيراد عليه بأنه لو أذن الولى و لا يعلم العبد ثم باع العبد صح لأنه صادف الإذن و لا يؤثر فيه إعلام المولى بعض المتعاملين انتهى و هو حسن.

الثانية أن يبيع لنفسه فانكشف كونه وليا

فالظاهر أيضا صحة العقد لما عرفت من أن قصد بيع مال الغير لنفسه لا ينفع و لا يقدح و فى توقفه على إجازته للمولى عليه وجه لأن قصد كونه لنفسه يوجب عدم وقوع البيع على الوجه المأذون فتأمل.

الثالثة أن يبيع عن المالك ثم ينكشف كونه مالكا

و قد مثل له الأكثر بما لو باع مال أبيه بظن حياته فبان ميتا و المشهور الصحة بل ربما استفيد من كلام العلامة فى القواعد و الإرشاد فى باب الهبة الإجماع و لم نعثر على مخالف صريح إلا أن الشهيد رحمه الله ذكر فى قواعده أنه لو قيل بالبطلان أمكن و قد سبقه فى احتمال ذلك العلامة و ولده فى النهاية و الإيضاح لأنه إنما قصد نقل المال عن الأب لا عنه و لأنه و إن كان منجزا فى الصورة إلا أنه معلق و التقدير إن مات مورثى فقد بعتك و لأنه كالعابث عند مباشرة العقد لاعتقاده أن المبيع لغيره انتهى. أقول أما قصد نقل الملك عن الأب فلا يقدح فى وقوعه لأنه إنما قصد نقل الملك عن الأب من حيث إنه مالك باعتقاده ففى الحقيقة إنما قصد النقل عن المالك لكن أخطأ فى اعتقاده أن المالك أبوه و قد تقدم توضيح ذلك فى عكس المسألة أى ما لو باع ملك غيره باعتقاده أنه ملكه. نعم من أبطل عقد الفضولى لأجل اعتبار مقارنة طيب نفس المالك للعقد قوى البطلان عنده هنا لعدم طيب نفس المالك بخروج ماله عن ملكه و لذا نقول نحن كما سيجىء باشتراط الإجازة من المالك بعد العقد لعدم حصول طيب النفس حال العقد. و أما ما ذكره من أنه فى معنى التعليق ففيه مع مخالفته لمقتضى الدليل الأول كما لا يخفى منع كونه فى معنى التعليق لأنه إذا فرض أنه يبيع مال أبيه لنفسه كما هو ظاهر هذا الدليل فهو إنما يبيعه مع وصف كونه لأبيه فى علمه فبيعه كبيع الغاصب مبنى على دعوى السلطنة و الاستقلال

على المال لا على تعليق للنقل بكونه منتقلا إليه بالإرث عن مورثه لأن ذلك لا يجامع و ظن الحياة اللهم إلا أن يراد أن القصد الحقيقى إلى النقل معلق على تملك الناقل و بدونه فالقصد صورى على ما تقدم من المسالك من أن الفضولى و المكره قاصدان إلى اللفظ دون مدلوله لكن فيه حينئذ أن هذا القصد الصورى كاف و لذا قلنا بصحة عقد الفضولي و من ذلك يظهر ضعف ما ذكره أخيرا من كونه كالعابث عند مباشرة العقد معللا بعلمه بكون المبيع لغيره. و كيف كان فلا ينبغى الإشكال فى صحة العقد إلا أن ظاهر المحكى من غير واحد لزوم العقد و عدم الحاجة إلى إجازة مستأنفة لأن المالك هو المباشر للعقد فلا وجه لإجازة فعل نفسه و لأن قصده إلى نقل مال نفسه إن حصل هنا بمجرد القصد إلى نقل المال المعين الذى هو فى الواقع ملك نفسه و إن لم يشعر به فهو أولى من الإذن فى ذلك فضلا عن إجازته و إلا توجه عدم وقوع العقد له لكن الأقوى وفاقا للمحقق و الشهيد الثانيين وقوفه على الإجازة لا لما ذكره فى جامع المقاصد من أنه لم يقصد إلى البيع الناقل للملك الآن بل مع إجازة المالك لاندفاعه بما ذكره بقوله إلا أن يقال

المكاسب، ج۲، ص ۱۴۲

إن قصده إلى أصل البيع كاف. و توضيحه أن انتقال المبيع شرعا بمجرد العقد أو بعد إجازة المالك ليس من مدلول لفظ العقد حتى يعتبر قصده أو يقدح قصد خلافه و إنما هو من الأحكام الشرعية العارضة للعقود بحسب اختلافها فى التوقف على الأمور المتأخرة و عدمه مع أن عدم القصد المذكور لا يقدح بناء على الكشف بل قصد النقل بعد الإجازة ربما يحتمل قدحه فالدليل على اشتراط تعقب الإجازة فى اللزوم هو عموم تسلط الناس على أموالهم و عدم حلها لغيرهم إلا بطيب أنفسهم و حرمة أكل المال إلا بالتجارة عن تراض. و بالجملة فأكثر أدلة اشتراط الإجازة فى الفضولي جارية هنا. و أما ما ذكرناه من أن قصد نقل ملك نفسه إن حصل أغنى عن الإجازة و إلا فسد العقد ففيه أنه يكفى فى تحقق صورة العقد القابلة للحوق اللزوم القصد إلى نقل المال المعين و قصد كونه مال نفسه أو مال غيره مع خطائه فى قصده أو صوابه فى الواقع لا يقدح و لا ينفع و لذا بنينا على صحة العقد بقصد نقل مال نفسه مع كونه مالا لغيره. و أما أدلة اعتبار التراضى و طيب النفس فهى دالة على اعتبار رضا المالك بنقل خصوص ماله بعنوان أنه ماله لا بنقل مال معين يتفق كونه ملكا له فى الواقع فإن حكم طيب النفس و الرضا لا يترتب على ذلك فلو أذن فى التصرف فى مال يعتقد أنه لغيره و المأذون يعلم أنه له لم يجز له التصرف بذلك الإذن و لو فرضنا أنه أعتق عبدا عن غيره فبان أنه لم ينعتق و كذا لو طلق امرأة وكالة عن غيره فبانت زوجته لأن القصد المقارن إلى طلاق زوجته و عتق مملوكه معتبر فيهما فلا تنفع الإجازة و لو غره الغاصب فقال هذا عبدى أعتقه عنك فأعتقه عن نفسه فبان كونه له فالأقوى أيضا عدم النفوذ وفاقا للمحكى عن التحرير و حواشى الشهيد و جامع المقاصد مع حكمه بصحة البيع هنا و وقوفه على الإجازة لأن العتق لا يقبل الوقوف فإذا لم يحصل القصد إلى فك ماله مقارنا للصيغة وقعت باطلة بخلاف البيع فلا تناقض بين حكمه ببطلان العتق و صحة البيع مع الإجازة كما يتوهم. نعم ينبغى إيراد التناقض على من حكم هناك بعدم النفوذ و حكم فى البيع باللزوم و عدم الحاجة إلى الإجازة فإن القصد إلى إنشاء يتعلق بمعين هو مال المنشئ فى الواقع من غير علمه به إن كان يكفى فى طيب النفس و الرضا المعتبر فى جميع إنشاءات الناس المتعلقة بأموالهم وجب الحكم بوقوع العتق و إن اعتبر فى طيب النفس المتعلق بإخراج الأموال عن الملك العلم بكونه مالا له و لم يكف مجرد مصادفة الواقع وجب الحكم بعدم لزوم البيع فالحق أن القصد إلى الإنشاء المتعلق بمال معين مصحح للعقد بمعنى قابليته للتأثير و لا يحتاج إلى العلم بكونه مالا له لكن لا يكفى ذلك فى تحقق الخروج عن ماله بمجرد الإنشاء ثم إن كان ذلك الإنشاء مما يقبل اللزوم بلحوق الرضا كفت الإجازة كما فى العقود و إلا وقع الإنشاء باطلا كما فى الإيقاعات ثم إنه ظهر مما ذكرنا فى وجه الوقوف على الإجازة- أن هذا الحق للمالك من باب الإجازة لا من باب خيار الفسخ فعقده متزلزل من حيث الحدوث لا البقاء كما قواه بعض من قارب عصرنا و تبعه بعض من عاصرناه معللا بقاعدة نفى الضرر إذ فيه أن الخيار فرع الانتقال و قد تقدم توقفه على طيب النفس. و ما ذكراه من الضرر المترتب على لزوم البيع ليس لأمر راجع إلى العوض و المعوض و إنما هو لانتقال الملك عن مالكه من دون علمه و رضاه إذ لا فرق فى الجهل بانتقال ماله بين أن يجهل أصل الانتقال كما يتفق فى الفضولى أو يعلمه و يجهل تعلقه بماله و من المعلوم أن هذا الضرر هو المثبت

لتوقف عقد الفضولی علی الإجازة إذ لا یلزم من لزومه بدونها سوی هذا الضرر. ثم إن الحکم بالصحة فی هذه الصورة غیر متوقفة علی القول بصحة عقد الفضولی- بل یجیء علی القول بالبطلان إلا أن یستند فی البطلان بما تقدم- من قبح التصرف فی مال الغیر فیتجه عنده حینئذ البطلان [ثم یغرم المثمن إن کان جاهلا].

الرابعة أن یبیع لنفسه باعتقاده أنه لغیره فانکشف أنه له

و الأقوی هنا أیضا الصحة و لو علی القول ببطلان الفضولی و الوقوف علی الإجازة بمثل ما مر فی الثالثة و فی عدم الوقوف هنا وجه لا یجری فی الثالث و لذا قوی اللزوم هنا بعض من قال بالخیار فی الثالثة.

و أما القول فی المجاز

اشارة

فاستقصاؤه یکون ببیان أمور

الأول یشترط فیه کونه جامعا لجمیع الشروط المعتبرة فی تأثیره عدا رضا المالک

فلا یکفی اتصاف المتعاقدین بصحة الإنشاء و لا إحراز سائر الشروط بالنسبة إلی الأصیل فقط علی الکشف للزومه علیه حینئذ بل مطلقا لتوقف تأثیره الثابت و لو علی القول بالنقل علیها و ذلک لأن العقد إما تمام السبب أو جزؤه و علی أی حال فیعتبر اجتماع الشروط عنده و لهذا لا یجوز الإیجاب فی حال جهل القابل بالعوضین بل لو قلنا بجواز ذلک لم یلزم منه الجواز هنا لأن الإجازة علی القول بالنقل أشبه بالشرط و لو سلم کونها جزء فهو جزء للمؤثر لا للعقد فیکون جمیع ما دل من النص و الإجماع علی اعتبار الشروط فی البیع ظاهره فی اعتبارها فی إنشاء النقل و الانتقال بالعقد. نعم لو دل دلیل علی اعتبار شرط فی ترتب الأثر الشرعی علی العقد من غیر ظهور فی اعتباره فی أصل الإنشاء أمکن القول بکفایة وجوده حین الإجازة و لعل من هذا القبیل القدرة علی التسلیم و إسلام مشتری المصحف و العبد المسلم ثم هل یشترط بقاء الشرائط المعتبرة حین العقد إلی زمان الإجازة أم لا لا ینبغی الإشکال فی عدم اشتراط بقاء المتعاقدین علی شروطهما حتی علی القول بالنقل. نعم علی القول بکونها بیعا مستأنفا یقوی الاشتراط و أما شروط العوضین فالظاهر اعتبارها بناء علی النقل و أما بناء علی الکشف فوجهان و اعتبارها علیه أیضا غیر بعید.

الثانی هل یشترط فی المجاز کونه معلوما للمجیز بالتفصیل

من تعیین العوضین و تعیین نوع العقد من کونه بیعا أو صلحا فضلا عن جنسه من کونه نکاحا لجاریته أو بیعا لها أم یکفی العلم الإجمالی بوقوع عقد قابل للإجازة وجهان من کون الإجازة کالإذن السابق فیجوز تعلقه بغیر المعین إلا إذا بلغ حدا لا یجوز معه التوکیل و من أن الإجازة بحسب الحقیقة أحد رکنی العقد لأن المعاهدة الحقیقیة إنما تحصل بین المالکین بعد الإجازة فتشبه القبول مع عدم تعیین الإیجاب عند القابل و من هنا یظهر قوة احتمال

المکاسب، ج۲، ص ۱۴۳

اعتبار العلم بوقوع العقد و لا یکفی مجرد احتماله فیجیزه علی تقدیر وقوعه إذا انکشف وقوعه لأن الإجازة و إن لم تکن من العقود حتی تشملها معاقد إجماعهم علی عدم جواز التعلیق فیها إلا أنها فی معناها و لذا یخاطب المجیز بعدها بالوفاء بالعقد السابق- مع أن الوفاء بالعقد السابق لا یکون إلا فی حق العاقد فتأمل.

الثالث [حكم العقود المترتبة]

اشارة

المجاز إما العقد الواقع على نفس مال الغير و إما العقد الواقع على عوضه و على كل منهما إما أن يكون المجاز أول عقد وقع على المال أو على عوضه أو آخره أو عقدا بين سابق و لاحق واقعين على مورده أو بدله أو بالاختلاف و مجمع الكل فيما إذا باع عبدا لمالك بفرس ثم باعه المشترى بكتاب ثم باعه الثالث بدينار و باع البائع الفرس بدرهم و باع الثالث الدينار بجارية و باع بائع الفرس الدرهم برغيف ثم بيع الدرهم بحمار و بيع الرغيف بعسل أما إجازة العقد الواقع على مال المالك أعنى العبد بالكتاب فهى ملزمة له و لما بعده مما وقع على مورده أعنى العبد بالدينار بناء على الكشف و أما بناء على النقل فيبنى على ما تقدم من اعتبار ملك المجيز حين العقد و عدمه و هى فسخ بالنسبة إلى ما قبله مما ورد على مورده أعنى بيع العبد بفرس بالنسبة إلى المجيز. أما بالنسبة إلى من ملك بالإجازة و هو المشترى بالكتاب فقابليته للإجازة مبنية على مسألة اشتراط ملك المجيز حين العقد هذا حال العقود السابقة و اللاحقة على مورده أعنى مال المجيز. و أما العقود الواقعة على عوض مال المجيز- فالسابقة على هذا العقد و هو بيع الفرس بالدرهم فيتوقف لزومها على إجازة المالك الأصلى للعوض و هو الفرس و اللاحقة له أعنى بيع الدينار بجارية تلزم بلزوم هذا العقد. و أما إجازة العقد الواقع على العوض- أعنى بيع الدرهم برغيف فهى ملزمة للعقود السابقة عليه سواء وقعت على نفس مال المالك أعنى بيع العبد بالفرس أم على عوضه و هو بيع الفرس بالدرهم و للعقود اللاحقة له إذا وقعت على العوض و هو بيع الدرهم بالحمار. أما الواقعة على هذا البدل المجاز أعنى بيع الرغيف بالعسل فحكمها حكم العقود الواقعة على المعوض ابتداء. و ملخص ما ذكرنا أنه لو ترتبت عقود متعددة مترتبة على مال المجيز فإن وقعت من أشخاص متعددة كانت إجازة منها فسخا لما قبله و إجازة لما بعده على الكشف و إن وقعت من شخص واحد انعكس الأمر و لعل هذا هو المراد من المحكى عن الإيضاح و الدروس فى حكم ترتب العقود من أنه إذا أجاز عقدا على المبيع صح و ما بعده و فى الثمن ينعكس فإن العقود المترتبة على المبيع لا يكون إلا من أشخاص متعددة. و أما العقود المترتبة على الثمن فليس مرادهما أن يعقد على الثمن الشخصى مرارا لأن حكم ذلك حكم العقود المترتبة على المبيع على ما سمعت سابقا من قولنا أما الواقعة على هذا البدل المجاز إلى آخره بل مرادهما ترامى الأثمان فى العقود المترتبة كما صرح بذلك المحقق و الشهيد الثانيان و قد علم من ذلك أن مرادنا بما ذكرنا فى المقسم من أن العقد المجاز على عوض مال الغير ليس العوض الشخصى الأول له بل العوض و لو بواسطة.

[الإشكال فى شمول الحكم بجواز تتبع العقود لصورة علم المشترى بالغصب

ثم إن هنا إشكالا فى شمول الحكم لجواز تتبع العقود لصورة علم المشترى بالغصب أشار إليه العلامة رحمه الله فى القواعد و أوضحه قطب الدين و الشهيد فى الحواشى المنسوبة إليه فقال الأول فيما حكى عنه إن وجه الإشكال أن المشترى مع العلم يكون مسلطا للبائع الغاصب على الثمن و لذا لو تلف لم يكن له الرجوع و لو بقى ففيه الوجهان فلا تنفذ فيه إجازة الغير بعد تلفه بفعل المسلط بدفعه ثمنا عن مبيع اشتراه و من أن الثمن عوض عن العين المملوكة و لم يمنع من نفوذ الملك فيه إلا عدم صدوره عن المالك فإذا أجاز جرى مجرى الصادر عنه انتهى. و قال فى محكى الحواشى إن المشترى مع علمه بالغصب- يكون مسلطا للبائع الغاصب على الثمن فلا يدخل فى ملك رب العين فحينئذ إذا اشترى به البائع متاعا فقد اشتراه لنفسه و أتلفه عند الدفع إلى البائع فتتحقق ملكيته للمبيع فلا يتصور نفوذ الإجازة فيها لصيرورته ملكا للبائع و إن أمكن إجازة المبيع مع احتمال عدم نفوذها أيضا لأن ما دفعه إلى الغاصب كالمأذون له فى إتلافه فلا يكون ثمنا فلا تؤثر الإجازة فى جعله ثمنا فصار الإشكال فى صحة البيع و فى التتبع ثم قال إنه يلزم من القول ببطلان التتبع بطلان إجازة البيع فى المبيع لاستحالة كون المبيع بلا ثمن فإذا قيل إن الإشكال فى صحة العقد كان صحيحا أيضا

انتهى. و اقتصر فى جامع المقاصد على ما ذكره الشهيد أخيرا فى وجه سراية هذا الإشكال إلى صحة عقد الفضولى مع علم المشترى بالغصب و المحكى عن الإيضاح ابتناء وجه بطلان جواز تتبع العقود للمالك مع علم المشترى على كون الإجازة ناقلة فيكون منشأ الإشكال فى الجواز و العدم الإشكال فى الكشف و النقل. قال فى محكى الإيضاح إذا كان المشترى جاهلا فللمالك تتبع العقود و رعاية مصلحته و الربح فى سلسلتى الثمن و المثمن و أما إذا كان عالما بالغصب فعلى قول الأصحاب من أن المشترى إذا رجع عليه بالسلعة لا ـ يرجع على الغاصب بالثمن مع وجود عينه فيكون قد ملك الغاصب مجانا لأنه بالتسليم إلى الغاصب- ليس للمشترى استعادته من الغاصب بنص الأصحاب و المالك قبل الإجازة لم يملك الثمن لأن الحق أن الإجازة شرط أو سبب فلو لم يكن للغاصب فيكون الملك بغير مالك و هو محال فيكون قد سبق ملك الغاصب للثمن على سبب ملك المالك له أى الإجازة فإذا نقل الغاصب الثمن عن ملكه لم يكن للمالك إبطاله و يكون ما يشترى الغاصب بالثمن و ربحه له و ليس للمالك أخذه لأنه ملك الغاصب و على القول بأن إجازة المالك كاشفة فإذا أجاز العقد كان له و يحتمل أن يقال لمالك العين حق تعلق بالثمن فإن له إجازة البيع و أخذ الثمن و حقه مقدم على حق الغاصب لأن الغاصب يؤخذ بأخس أحواله و أشقها عليه و المالك مأخوذ الأحوال ثم قال و الأصح عندى مع وجود عين الثمن للمشترى العالم أخذه و مع التلف ليس له الرجوع به انتهى كلامه رحمه الله.

[عدم ورود الإشكال على تقدير الكشف

و ظاهر كلامه أنه لا وقع للإشكال على تقدير الكشف و هذا هو المتجه إذ حينئذ يندفع ما استشكله القطب و الشهيد بأن تسليط

المكاسب، ج۲، ص ۱۴۴

المشترى للبائع على الثمن على تقدير الكشف تسليط على ملك الغير بالعقد السابق على التسليط الحاصل بالإقباض فإذا انكشف ذلك بالإجازة عمل بمقتضاه و إذا تحقق الرد انكشف كون ذلك تسليطا من المشترى على ماله فليس له أن يسترده بناء على ما نقل من الأصحاب. نعم على القول بالنقل يقع الإشكال فى جواز إجازة العقد الواقع على الثمن لأن إجازة المالك المبيع له موقوفة على تملكه للثمن لأنه قبلها أجنبى عنه و المفروض أن تملكه الثمن موقوف على الإجازة على القول بالنقل و كذا الإشكال فى إجازة العقد الواقع على المبيع بعد قبض البائع الثمن أو بعد إتلافه إياه على الخلاف فى اختصاص عدم رجوع المشترى على الثمن بصورة التلف و عدمه لأن تسليط المشترى للبائع على الثمن قبل انتقاله إلى مالك المبيع بالإجازة فلا يبقى مورد للإجازة. و ما ذكره فى الإيضاح من احتمال تقديم حق المجيز لأنه أسبق و أنه أولى من الغاصب المأخوذ بأشق الأحوال فلم يعلم له وجه بناء على النقل لأن العقد جزء سبب لتملك المجيز و التسليط المتأخر عنه علة تامة لتملك الغاصب فكيف يكون حق المجيز أسبق. نعم يمكن أن يقال إن حكم الأصحاب بعدم استرداد الثمن لعله لأجل التسليط المراعى بعدم إجازة مالك المبيع لا لأن نفس التسليط علة تامة لاستحقاق الغاصب على تقديرى الرد و الإجازة و حيث إن حكمهم هذا مخالف للقواعد الدالة على عدم حصول الانتقال بمجرد التسليط المتفرع على عقد فاسد وجب الاقتصار فيه على المتيقن و هو التسليط على تقدير عدم الإجازة فافهم.

مسألة فى أحكام الرد

[ما يتحقق به الرد]

لا ـ يتحقق الرد قولا إلا بقوله فسخت و رددت و شبه ذلك مما هو صريح فى الرد لأصالة بقاء اللزوم من طرف الأصيل و قابليته من طرف المجيز و كذا يحصل بكل فعل مخرج له عن ملكه بالنقل أو بالإتلاف و شبههما كالعتق و البيع و الهبة و التزويج و نحو ذلك و الوجه فى ذلك أن تصرفه بعد فرض صحته مفوت لمحل الإجازة لفرض خروجه عن ملكه.

[هل يتحقق الرد بالتصرف غير المخرج عن الملك

و أما التصرف غير المخرج عن الملك- كاستيلاد الجارية و إجارة الدابة و تزويج الأمة فهو و إن لم يخرج الملك عن قابلية وقوع الإجازة عليه إلا أنه مخرج له عن قابلية وقوع الإجازة من زمان العقد لأن صحة الإجازة على هذا النحو توجب وقوعها باطلة و إذا فرض وقوعها صحيحة منعت عن وقوع الإجازة. و الحاصل أن وقوع هذه الأمور صحيحة مناقضة لوقوع الإجازة لأصل العقد فإذا وقع أحد المتنافيين صحيحا فلا بد من امتناع وقوع الآخر أو إبطال صاحبه أو إيقاعه على غير وجهه و حيث لا سبيل إلى الأخيرين تعين الأول. و بالجملة كل ما يكون باطلا على تقدير لحوق الإجازة المؤثرة من حين العقد فوقوعه صحيحا مانع من لحوق الإجازة لامتناع اجتماع المتنافيين. نعم لو انتفع المالك بها قبل الإجازة بالسكنى و اللبس كان عليه أجرة المثل إذا أجاز فتأمل و منه يعلم أنه لا فرق بين وقوع هذه مع الاطلاع على وقوع العقد و وقوعها بدونه لأن التنافى بينهما واقعى و دعوى أنه لا دليل على اشتراط قابلية التأثير من حين العقد فى الإجازة و لذا صحح جماعة كما تقدم إجازة المالك الجديد فيمن باع شيئا ثم ملكه مدفوعة بإجماع أهل الكشف على كون إجازة المالك حين العقد مؤثرة من حينه. نعم لو قلنا بأن الإجازة كاشفة بالكشف الحقيقى الراجع إلى كون المؤثر التام هو العقد الملحق بالإجازة كانت التصرفات مبنية على الظاهر و بالإجازة ينكشف عدم مصادفتها للملك فتبطل هى و تصح الإجازة.

بقى الكلام فى التصرفات غير المنافية لملك المشترى

اشارة

من حين العقد- كتعريض المبيع و البيع الفاسد و هذا أيضا على قسمين لأنه إما أن يقع حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولى على ماله و إما أن تقع فى حال عدم الالتفات

[ما يقع فى حال التفات المالك إلى وقوع العقد من الفضولى

أما الأول فهو رد فعلى للعقد و الدليل على إلحاقه بالرد القولى مضافا إلى صدق الرد عليه فيعمه ما دل على أن للمالك الرد مثل ما وقع فى نكاح العبد و الأمة بغير إذن مولاه. و ما ورد فيمن زوجته أمه و هو غائب من قوله ع: إن شاء قبل و إن شاء ترك إلا أن يقال إن الإطلاق مسوق لبيان أن له الترك فلا تعرض فيه لكيفيته إن المانع من صحة الإجازة بعد الرد القولى موجود فى الرد الفعلى و هو خروج المجيز بعد الرد عن كونه بمنزلة أحد طرفى العقد مضافا إلى فحوى الإجماع المدعى على حصول فسخ ذى الخيار بالفعل كالوطء و البيع و العتق- فإن الوجه فى حصول الفسخ هو دلالتها على قصد فسخ البيع و إلا فتوقفها على الملك لا يوجب حصول الفسخ بها بل يوجب بطلانها لعدم حصول الملك المتوقف على الفسخ قبلها حتى تصادف الملك و كيف كان فإذا صلح الفسخ الفعلى لرفع أثر العقد الثابت المؤثر فعلا صلح لرفع أثر العقد المتزلزل من حيث الحدوث القابل للتأثير بطريق أولى.

[ما يقع فى حال عدم التفات المالك

و أما الثانى و هو ما يقع فى حال عدم الالتفات فالظاهر عدم تحقق الفسخ به لعدم دلالته على إنشاء الرد و المفروض عدم منافاته أيضا للإجازة اللاحقة و لا يكفى مجرد رفع اليد عن الفعل بإنشاء ضده مع عدم صدق عنوان الرد الموقوف على القصد و الالتفات إلى وقوع المردود نظير إنكار الطلاق الذى جعلوه رجوعا و لو مع عدم الالتفات إلى وقوع الطلاق على ما يقتضيه إطلاق كلامهم. نعم لو ثبتت كفاية ذلك فى العقود الجائزة كفى هنا بطريق أولى كما عرفت لكن لم يثبت ذلك هناك فالمسألة محل إشكال بل الإشكال فى كفاية سابقه أيضا فإن بعض المعاصرين يظهر منهم دعوى الاتفاق على اعتبار اللفظ فى الفسخ كالإجازة و لذا استشكل فى

القواعد فی بطلان الوكالة بإيقاع العقد الفاسد علی متعلقها جاهلا بفساده و قرره فی الإيضاح و جامع المقاصد علی الإشكال.

[حاصل الكلام فيما يتحقق به الرد]

و الحاصل أن المتيقن من الرد هو الفسخ القولی و فی حكمه تفويت محل الإجازة بحيث لا يصح وقوعها علی وجه يؤثر من حين العقد. و أما الرد الفعلی و هو الفعل المنشأ به لمفهوم الرد فقد عرفت نفی البعد عن حصول الفسخ به و أما مجرد إيقاع ما ينافی مفهومه قصد بقاء العقد من غير تحقق مفهوم الرد لعدم الالتفات إلی وقوع العقد فالاكتفاء به مخالف للأصل و فی حكم ما ذكرنا الوكالة و الوصاية- و لكن الاكتفاء فيهما بالرد الفعلی أوضح. و أما الفسخ فی العقود الجائزة بالذات أو بالخيار فهو منحصر باللفظ أو الرد الفعلی. و أما فعل ما لا يجامع صحة العقد كالوطئ و العتق فالظاهر أن الفسخ بهما من باب تحقق

المكاسب، ج۲، ص ۱۴۵

القصد قبلهما لا لمنافاتهما لبقاء العقد لأن مقتضی المنافاة بطلانها لا انفساخ العقد عكس ما نحن فيه و تمام الكلام فی محله ثم إن الرد إنما يثمر فی عدم صحة الإجازة بعده. و أما انتزاع المال من المشتری لو أقبضه الفضولی فلا يتوقف علی الرد بل يكفی فيه عدم الإجازة و الظاهر أن الانتزاع بنفسه رد مع القرائن الدالة علی إرادته منه لا مطلق الأخذ لأنه أعم و لذا ذكروا أن الرجوع فی الهبة لا يتحقق به.

مسألة لو لم يجز المالك

اشارة

فإن كان المبيع فی يده فهو- و إلا فله انتزاعه ممن وجده فی يده مع بقائه و يرجع بمنافعه المستوفاة و غيرها علی الخلاف المتقدم فی البيع الفاسد و مع التلف يرجع إلی من تلف عنده بقيمته يوم التلف أو بأعلی القيم من زمان وقع فی يده و لو كان قبل ذلك فی ضمان آخر و فرضت زيادة القيمة عنده ثم نقصت عند الأخير اختص السابق بالرجوع بالزيادة عليه كما صرح به جماعة فی الأيدی المتعاقبة هذا كله حكم المالك مع المشتری

و أما حكم المشتری مع الفضولی

اشارة

فيقع الكلام فيه تارة فی الثمن و أخری فيما يغرمه للمالك زائدا علی الثمن فهنا مسألتان

الأولی أنه يرجع عليه بالثمن إن كان جاهلا بكونه فضوليا

اشارة

سواء كان باقيا أم تالفا و لا يقدح فی ذلك اعترافه بكون البائع مالكا- لأن اعترافه مبنی علی ظاهر يده. نعم لو اعترف به علی وجه يعلم عدم إسناده إلی اليد كأن يكون اعترافه بذلك بعد قيام البينة لم يرجع بشیء و لو لم يعلم استناد الاعتراف إلی اليد أو إلی غيرها ففی الأخذ بظاهر الحال من استناده إلی اليد أو بظاهر لفظ الإقرار من دلالته علی الواقع وجهان

[لو كان عالما بكونه فضوليا و كان الثمن باقيا]

و إن كان عالما بالفضولية فإن كان الثمن باقيا استرده وفاقا للعلامة و ولده و الشهيدين و المحقق الثانى رحمهم الله إذ لم يحصل منه ما يوجب انتقاله عنه شرعا و مجرد تسليطه عليه لو كان موجبا لانتقاله لزم الانتقال فى البيع الفاسد لتسليط كل من المتبايعين صاحبه على ماله و لأن الحكم بصحة البيع لو أجاز المالك كما هو المشهور يستلزم تملك المالك للثمن فإن تملك البائع للثمن قبله يلزم فوات محل الإجازة لأن الثمن إنما ملكه الغير فيمتنع تحقق الإجازة فتأمل. و هل يجوز للبائع التصرف فيه وجهان بل قولان أقواهما العدم لأنه أكل مال بالباطل هذا كله إذا كان باقيا

[حكم ما لو كان الثمن تالفا]

و أما لو كان تالفا فالمعروف عدم رجوع المشترى بل المحكى عن العلامة و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم رحمهم الله الاتفاق عليه و وجهه كما صرح به بعضهم كالحلى و العلامة و غيرهما و يظهر من آخرين أيضا أنه سلطه على ماله بلا عوض. و توضيح ذلك أن الضمان إما لعموم على اليد ما أخذت و إما لقاعدة الإقدام على الضمان الذى استدل به الشيخ و غيره على الضمان فى فاسد ما يضمن بصحيحه و الأول مخصص بفحوى ما دل على عدم ضمان من استأمنه المالك و دفعه إليه لحفظه كما فى الوديعة أو الانتفاع به كما فى العارية أو لاستيفاء المنفعة منه كما فى العين المستأجرة فإن الدفع على هذا الوجه إذا لم يوجب الضمان فالتسليط على التصرف فيه و إتلافه له مما لا يوجب ذلك بطريق أولى و دعوى أنه إنما سلطه فى مقابل العوض لا مجانا حتى يشبه الهبة الفاسدة التى تقدم عدم الضمان فيها مندفعة بأنه إنما سلطه فى مقابل ملك غيره فلم يضمنه فى الحقيقة شيئا من كيسه فهو يشبه الهبة الفاسدة و البيع بلا ثمن و الإجارة بلا أجرة التى قد حكم الشهيد و غير واحد بعدم الضمان فيها و من ذلك يعلم عدم جريان الوجه الثانى للضمان و هو الإقدام على الضمان هنا لأن البائع لم يقدم على ضمان الثمن إلا بما علم المشترى أنه ليس ملكا له. فإن قلت تسلطه على الثمن بإزاء مال الغير- لبنائه و لو عدوانا على كونه ملكا له و لو لا هذا البناء لم يتحقق مفهوم المعاوضة كما تقدم فى تصحيح بيع الغاصب لنفسه فهو إنما سلطه على وجه يضمنه بماله إلا أن كلا منهما لما قطع النظر عن حكم الشارع بعدم ملكية البائع للمثمن و تعاقدا معرضين عن ذلك كما هو الشأن فى المعاوضات الواردة على أموال الناس بين السراق و الظلمة بل بنى المشترى على كون المثمن ملكا للبائع فالتسليط ليس مجانا و تضمينه البائع بمقابل الثمن من ماله حقيقى إلا أن كون المثمن مالا له ادعائى فهو كما لو ظهر المثمن المعين ملكا للغير فإن المشترى يرجع إلى البائع بالثمن مع التلف اتفاقا مع أنه إنما ضمنه الثمن بإزاء هذا الشىء الذى هو مال الغير فكما أن التضمين هنا حقيقى و كون المثمن مالا له اعتقادى لا يقدح حينئذ تخلفه فى التضمين فكذلك بناء المشترى فيما نحن فيه على ملك المثمن عدوانا لا يقدح فى التضمين الحقيقى بماله. قلت الضمان كون الشىء فى عهدة الضامن و خسارته عليه و إذا كان المضمون به ملكا لغير الضامن واقعا فلا يتحقق الضمان الحقيقى مع علمهما بذلك. و ما ذكر من بناء المتعاقدين فى هذا العقد على كون المثمن ملكا للبائع الغاصب مع كونه مال الغير فهو إنما يصحح وقوع عقد التمليك و التملك منهما ادعاء مع عدم كون البائع أهلا لذلك فى الواقع و إلا فأصل المعاوضة حقيقة بين المالكين و الضمان و التضمين الحقيقى بالنسبة إليهما و لذا ينتقل الثمن إلى مالك المبيع و يدخل فى ضمانه بمجرد الإجازة. و الحاصل أنه لا تضمين حقيقة فى تسليط المشترى البائع على الثمن و أما رجوع المشترى مع اعتقاد المتبايعين لمالكية البائع للمثمن عند انكشاف الخطإ مع أنه إنما ضمنه بمال الغير فلعدم طيب نفسه على تصرف البائع فيه دون ضمان و إن كان ما ضمنه به غير ملك له و لا يتحقق به التضمين لأنه إنما طابت نفسه بتصرف البائع لاعتقاد كون المثمن ملكا له و صيرورته مباحا له بتسليطه عليه و هذا مفقود فيما نحن فيه لأن طيب النفس بالتصرف- و الإتلاف من دون ضمان له بماله حاصل. و مما ذكرنا يظهر أيضا فساد نقض ما ذكرنا بالبيع مع علم المشترى بالفساد حيث إنه ضمن البائع بما يعلم أنه لا يضمن الثمن به و كذا البائع مع علمه بالفساد ضمن المشترى بما يعلم أن المشترى لا يضمن به فكأنه لم يضمنه بشىء وجه الفساد أن التضمين الحقيقى حاصل هنا لأن المضمون به مال الضامن غاية الأمر أن فساد العقد مانع عن مضى هذا الضمان و التضمين فى نظر

الشارع لأن المفروض فساده فإذا لم يمض الشارع الضمان الخاص صار أصل إقدام الشخص على الضمان الحقيقى أو قاعدة إثبات اليد على مال من دون

المكاسب، ج ۲، ص ۱۴۶

تسليط مجانى أو استيمان عن مالكه موجبا لضمانه على الخلاف فى مدرك الضمان فى فاسد ما يضمن بصحيحه و شيء منهما غير موجود فيما نحن فيه كما أوضحناه بما لا مزيد عليه.

و حاصله أن دفع المال إلى الغاصب ليس إلا كدفعه إلى ثالث يعلم عدم كونه مالكا للمبيع و تسليطه على إتلافه فى أن رد المالك لا يوجب الرجوع إلى هذا الثالث.

نعم لو كان فساد العقد لعدم قبول العوض للملك كالخمر و الخنزير و الحر قوى اطراد ما ذكرنا فيه من عدم ضمان عوضها المملوك مع علم المالك بالحال- كما صرح به شيخ مشايخنا فى شرحه على القواعد هذا و لكن إطلاق قولهم أن كل عقد يضمن بصحيحه يضمن بفاسده يقتضى الضمان فيما نحن فيه و شبهه نظرا إلى أن البيع الصحيح يقتضى الضمان ففاسده كذلك إلا أن يفسر بما أبطلناه سابقا من أن كل عقد يضمن على فرض صحته يضمن على فرض فساده و لا ريب أن العقد فيما نحن فيه و فى مثل المبيع بلا ثمن و الإجارة بلاـ أجرة إذا فرض صحيحا لا يكون فيها ضمان فكذلك مع الحكم بالفساد لكنك عرفت ضعف هذا المعنى فيما ذكرناه سابقا فى توضيح هذه القضية فإن معناه أن كل عقد تحقق الضمان فى الفرد الصحيح منه يثبت الضمان فى الفرد الفاسد منه فيختص موردها بما إذا كان للعقد فردان فعليان لا الفرد الواحد المفروض تارة صحيحا و أخرى فاسدا. نعم يمكن تطبيق المعنى المختار فيما نحن فيه و شبهه بأن لا يكون المراد من العقد فى موضوع القضية خصوص النوع المتعارف من أنواع العقود كالبيع و الصلح بل يراد مطلق المعاملة المالية التى لا يوجد لها فردان صحيح و فاسد فيقال إن ما نحن فيه و البيع بلا ثمن و الإجارة بلا أجرة تمليك بلا عوض من مال الآخر و الفرد الصحيح من هذه المعاملة و هى الهبة غير المعوضة لا ضمان فيها ففاسدها كذلك فتأمل و بالجملة فمستند المشهور فى مسألتنا لا يخلو من غموض و لذا لم يصرح أحد بعدم الضمان فى بعتك بلا ثمن مع اتفاقهم عليه و صرح بعضهم بضمان المرتشى مع تلف الرشوة التى هى من قبيل الثمن فيما نحن فيه. نعم ذكر الشهيد رحمه الله و غيره عدم الضمان فى الإجارة بلا أجرة و يؤيد ما ذكرنا ما دل من الأخبار على كون ثمن الكلب أو الخمر سحتا و إن أمكن الذب عنه بأن المراد التشبيه فى التحريم فلا ينافى عدم الضمان مع التلف كأصل السحت ثم إن مقتضى ما ذكرناه فى وجه عدم الرجوع بالثمن ثبوت الرجوع إذا باع البائع الفضولى غير بائع لنفسه بل باع عن المالك و دفع المشترى الثمن إليه لكونه واسطة فى إيصاله إلى المالك فتلف فى يده- إذ لم يسلطه عليه و لا إذن له فى التصرف فيه فضلا عن إتلافه و لعل كلماتهم و معاقد اتفاقهم تختص بالغاصب البائع لنفسه و إن كان ظاهر بعضهم ثبوت الحكم فى مطلق الفضولى مع علم المشترى بالفضولية و كذا يقوى الرجوع لو أخذ البائع الثمن من دون إذن المشترى بل أخذه بناء على العقد الواقع بينهما فإنه لم يحصل هنا من المشترى تسليط إلا بالعقد و التسليط العقدى مع فساده غير مؤثر فى دفع الضمان و يكشف عن ذلك تصريح غير واحد منهم بإباحة تصرف البائع فيه مع اتفاقهم ظاهرا على عدم تأثير العقد الفاسد فى الإباحة و كذا يقوى الضمان لو اشترط على البائع الرجوع بالثمن لو أخذ العين صاحبها و لو كان الثمن كليا فدفع إليه المشترى بعض أفراده فالظاهر عدم الرجوع لأنه كالثمن المعين فى تسليطه عليه مجانا.

المسألة الثانية أن المشترى إذا اغترم للمالك غير الثمن

اشارة

فإما أن يكون فى مقابل العين كزيادة القيمة على الثمن إذا رجع المالك بها على المشترى كأن كانت القيمة المأخوذة منه عشرين و الثمن عشرة و إما أن يكون فى مقابل ما استوفاه المشترى كسكنى الدار و وطء الجارية و اللبن و الصوف و الثمرة و إما أن يكون

غرامة لم يحصل له فی مقابلها نفع كالنفقة و ما صرفه فی العمارة و ما تلف منه أو ضاع من الغرس و الحفر أو إعطائه قيمة للولد المنعقد حرا و نحو ذلك أو نقص من الصفات و الأجزاء

[لو كان عالما بالفضولية]

ثم المشتری إن كان عالما فلا رجوع له فی شیء من هذه الموارد لعدم الدليل عليه

[لو كان جاهلا بالفضولية]

اشارة

و إن كان جاهلا فأما الثالث فالمعروف من مذهب الأصحاب كما فی الرياض. و عن الكفاية رجوع المشتری الجاهل بها علی البائع بل فی كلام بعض تبعا للمحكی عن فخر الإسلام فی شرح الإرشاد دعوی الإجماع علی الرجوع ما لم يحصل فی مقابله نفع و فی السرائر أنه يرجع قولا واحدا و فی كلام المحقق و الشهيد الثانيين فی كتاب الضمان نفی الإشكال عن ضمان البائع لدرک ما يحدثه المشتری إذا قلعه المالک. و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف فی المسألة للغرور فإن البائع مغرر للمشتری و موقع إياه فی خطرات الضمان و متلف عليه ما يغرمه فهو كشاهد الزور الذی يرجع إليه إذا رجع من شهادته و القاعدة نفی الضرر مضافا إلی ظاهر رواية جميل أو فحواها: عن الرجل يشتری الجارية من السوق فيولدها ثم يجیء مستحق الجارية قال يأخذ الجارية المستحق و يدفع إليه المبتاع قيمة الولد و يرجع علی من باعه بثمن الجارية و قيمة الولد التی أخذت فإن حرية ولد المشتری إما أن يعد نفعا عائدا إليه أو لا و علی التقديرين يثبت المطلوب مع أن فی توصيف قيمة الولد بأنها أخذت منه نوع إشعار لعلية الحكم فيطرد فی سائر ما أخذ منه

[توجيه بعض الروايات الساكتة عن رجوع المشتری إلی البائع

و أما السكوت عن رجوع المشتری إلی البائع- فی بعض الأخبار فهو لعدم كونه مسوقا لذلك كرواية زرارة: فی رجل اشتری من سوق المسلمين جارية فخرج بها إلی أرضه فولدت منه أولادا ثم أتاها من يزعم أنها له و أقام علی ذلك البينة قال يقبض ولده و يدفع إليه الجارية و يعوضه من قيمة ما أصاب من لبنها و خدمتها و رواية زريق قال: كنت عند أبی عبد الله ع يوما إذ دخل عليه رجلان فقال أحدهما إنه كان علی مال لرجل من بنی عمار و له بذلك حق و شهود فأخذ المال و لم أسترجع عنه الذكر بالحق و لا كتبت عليه كتابا و لا أخذت منه براءة بذلك و ذلك لأنی وثقت به و قلت له مزق الذكر بالحق الذی عندک فمات و تهاون بذلك و لم يمزقه و عقيب هذا طالبنی بالمال وراثه و حاكمونی و أخرجوا بذلك الذكر بالحق و أقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم فأخذت بالمال و كان المال كثيرا فتواريت عن الحاكم فباع علی قاضی الكوفة معيشة لی و قبض القوم المال و هذا رجل

المكاسب، ج۲، ص ۱۴۷

من إخواننا ابتلی بشراء معيشتی من القاضی ثم إن ورثة الميت أقروا أن أباهم قد قبض المال و قد سألوه أن يرد علی معيشتی و يعطونه الثمن فی أنجم معلومة فقال إنی أحب أن تسأل أبا عبد الله ع عن هذا فقال الرجل يعنی المشتری كيف أصنع جعلت فداک قال تصنع أن ترجع بمالک علی الورثة و ترد المعيشة إلی صاحبها و تخرج يدک عنها قال فإذا فعلت ذلك له أن يطالبنی بغير هذا قال نعم له أن يأخذ منک ما أخذت من الغلة من ثمن الثمار و كل ما كان مرسوما فی المعيشة يوم اشتريتها يجب أن ترد ذلك إلا ما كان من زرع زرعته أنت فإن للزارع إما قيمة الزرع و إما أن يصبر عليک إلی وقت حصاد الزرع فإن لم يفعل ذلك كان ذلك له و رد عليک القيمة و كان الزرع له قلت جعلت فداک فإن كان هذا قد أحدث فيها بناء أو غرسا قال له قيمة ذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه

يقلعه و يأخذه قلت أ رأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس و هدم البناء فقال يرد ذلك إلى ما كان أو يغرم القيمة لصاحب الأرض فإذا رد جميع ما أخذ من غلاتها على صاحبها و رد البناء و الغرس و كل محدث إلى ما كان أو رد القيمة كذلك يجب على صاحب الأرض كلما خرج عنه فى إصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة فى مصلحة المعيشة و دفع النوائب كل ذلك مردود إليه. و فيه مع أنا نمنع ورودها- إلا فى مقام حكم المشترى مع المالك أن السكوت فى مقام البيان لا يعارض الدليل مع أن رواية زرارة ظاهرها عدم التمكن من الرجوع إلى البائع مع أن البائع فى قضية زريق هو القاضى فإن كان قضاؤه صحيحا لم يتوجه إليه غرم لأن الحاكم من قبل الشارع ليس غارما من جهة حكمه على طبق البينة المأمور بالعمل بها و إن كان قضاؤه باطلا كما هو الظاهر فالظاهر علم المشترى ببطلان قضاء المخالف- و تصرفه فى أمور المسلمين فهو عالم بفساد البيع فلا رجوع له.

[ما يغترمه فى مقابل المنافع غير المستوفاة]

و أما الثانى و هو ما غرمه فى مقابل النفع الواصل إليه من المنافع و النماء ففى الرجوع بها خلاف أقواهما الرجوع وفاقا للمحكى عن المبسوط و المحقق و العلامة فى التجارة و الشهيدين و المحقق الثانى و غيرهم. و عن التنقيح بأن عليه الفتوى لقاعدة الغرور المتفق عليها ظاهرا فى من قدم مال الغير إلى غيره الجاهل فأكله و تؤيده قاعدة نفى الضرر- فإن تغريم من أقدم على إتلاف شىء من دون عوض مغرورا من آخر بأن له ذلك مجانا من دون الحكم برجوعه إلى من غره فى ذلك ضرر عظيم و مجرد رجوع عوضه إليه لا يدفع الضرر و كيف كان فصدق الضرر و إضرار الغار به مما لا يخفى خصوصا فى بعض الموارد فما فى الرياض من أنه لا دليل على قاعدة الغرور إذا لم ينطبق مع قاعدة نفى الضرر المفقود فى المقام لوصول العوض إلى المشترى لا يخلو عن شىء مضافا إلى ما قيل عليه من منع مدخلية الضرر فى قاعدة الغرور بل هى مبنية على قوة السبب على المباشر لكنه لا يخلو من نظر لأنه إنما يدعى اختصاص دليل الغرور من النصوص الخاصة و الإجماع بصورة الضرر و أما قوة المسبب على المباشر فليست بنفسها دليلا على رجوع المغرور إلا إذا كان السبب بحيث استند التلف عرفا إليه كما فى المكره و كما فى الريح العاصف الموجب للإحراق و الشمس الموجبة لإذابة الدهن و إراقتها و المتجه فى مثل ذلك عدم الرجوع إلى المباشر أصلا كما نسب إلى ظاهر الأصحاب فى المكره لكون المباشر بمنزلة الآلة و أما فى غير ذلك فالضمان أو قرار الضمان فيه يحتاج إلى دليل مفقود فلا بد من الرجوع بالأخرة إلى قاعدة الضرر أو الإجماع المدعى فى الإيضاح على تقديم السبب إذا كان أقوى أو بالأخبار الواردة فى الموارد المتفرقة أو كون الغار سببا فى تغريم المغرور فكان كشاهد الزور فى ضمان ما يؤخذ لشهادته و لا ريب فى ثبوت هذه الوجوه فيما نحن فيه أما الأخير فواضح و أما الأول فقد عرفته و أما الإجماع و الأخبار فهما و إن لم يردا فى خصوص المسألة إلا أن تحققهما فى نظائر المسألة كاف فإن رجوع آكل طعام الغير إلى من غره بدعوى تملكه و إباحته له مورد الإجماع ظاهرا و رجوع المحكوم عليه إلى شاهدى الزور مورد الأخبار و لا يوجد فرق بينهما و بين ما نحن فيه أصلا. و قد ظهر مما ذكرنا فساد منع الغرور فيما نحن فيه كما فى كلام بعض حيث عدل فى رد مستند المشهور عما فى الرياض من منع الكبرى إلى منع الصغرى فإن الإنصاف أن مفهوم الغرر و الموجب للرجوع فى باب الإتلاف و إن كان غير منقح إلا أن المتيقن منه ما كان إتلاف المغرور لمال الغير و إثبات يده عليه لا بعنوان أنه مال الغير بل قصده إلى إتلافه مال نفسه أو مال من أباح له الإتلاف فيكون غير قاصد لإتلاف مال الغير فيشبه المكره فى عدم القصد هذا كله مضافا إلى ما قد يقال من دلالة رواية جميل المتقدمة بناء على أن حرية الولد منفعة راجعة إلى المشترى و هو الذى ذكره المحقق احتمالا فى الشرائع فى باب الغصب بناء على تفسير المسالك و فيه تأمل.

[ما يغترمه فى مقابل العين

ثم إن ما ذكرنا فى حكم هذا القسم يظهر حكم ما يغرمه فى مقابل العين- من زيادة القيمة على الثمن الحاصلة وقت العقد كما لو باع

ما ساوی عشرین بعشرة فتلف فأخذ منه المالک عشرین فإنه لا یرجع بعشرة الثمن و إلا لزم تلفه من کیس البائع من دون أن یغره فی ذلک لأنه لو فرض صدق البائع فی دعوی الملکیة لم یزل غرامة المشتری للثمن بإزاء المبیع التالف فهذه الغرامة للثمن لم تنشأ عن کذب البائع و أما العشرة الزائدة فإنما جاءت غرامتها من کذب البائع فی دعواه فحصل الغرور فوجب الرجوع. و مما ذکرنا یظهر اندفاع ما ذکر فی وجه عدم الرجوع من أن المشتری إنما أقدم علی ضمان العین و کون تلفها منه کما هو شأن فاسد کل عقد یضمن بصحیحه و مع الإقدام لا غرور و لذا لم یقل به فی العشرة المقابلة للثمن. توضیح الاندفاع- أن الإقدام إنما کان علی ضمانه بالثمن إلا أن الشارع جعل القبض علی هذا النحو من الإقدام مع فساد العقد و عدم إمضاء الشارع له سببا لضمان المبیع بقیمته الواقعیة فالمانع من تحقق الغرور و هو الإقدام لم یکن إلا فی مقابل الثمن و الضمان المسبب عن هذا الإقدام لما کان لأجل فساد العقد المسبب عن تغریر البائع کان المترتب علیه من ضمان العشرة الزائدة مستقرا علی الغار

المکاسب، ج۲، ص ۱۴۸

فغرامة العشرة الزائدة و إن کانت مسببة عن الإقدام إلا أنها لیست مقدما علیها هذا کله مع أن التحقیق علی ما تقدم سابقا- أن سبب الضمان فی العقد الفاسد هو القبض الواقع لا علی وجه الائتمان و أن لیس الإقدام علی الضمان علة له مع عدم إمضاء الشارع لذلک الضمان و إن استدل به الشیخ و أکثر من تأخر عنه و قد ذکرنا فی محله توجیه ذلک بما یرجع إلی الاستدلال بالید فراجع و کیف کان فجریان قاعدة الغرر فیما نحن فیه أولی منه فیما حصل فی مقابلته نفع هذا إذا کانت الزیادة موجودة وقت العقد و لو تجددت بعده فالحکم بالرجوع فیه أولی

[ما یغترمه بإزاء الأجزاء التالفة]

هذا کله فیما یغرمه المشتری بإزاء نفس العین التالفة. و أما ما یغرمه المشتری بإزاء أجزائه التالفة فالظاهر أن حکمه حکم المجموع فی أنه یرجع فی الزائد علی ما یقابل ذلک الجزء لا فیما یقابله علی ما اخترناه و یجیء علی القول الآخر عدم الرجوع فی تمام ما یغرمه.

[ما یغترمه بإزاء الأوصاف التالفة]

و أما ما یغرمه بإزاء أوصافه فإن کانت مما لا یسقط علیه الثمن کما عدا وصف الصحة من الأوصاف التی یتفاوت بها القیمة کما لو کان عبدا کاتبا فنسی الکتابة عند المشتری فرجع المالک علیه بالتفاوت فالظاهر رجوع المشتری علی البائع لأنه لم یقدم علی ضمان ذلک.

[حکم ما یغترمه المشتری فیما إذا کان البیع فاسدا من غیر جهة الفضولیة]

ثم إن ما ذکرنا کله من رجوع المشتری علی البائع بما یغرمه إنما هو إذا کان البیع المذکور صحیحا- من غیر جهة کون البائع غیر مالک- أما لو کان فاسدا من جهة أخری فلا رجوع علی البائع لأن الغرامة لم تجیء من تغریر البائع فی دعوی الملکیة و إنما جاءت من جهة فساد البیع فلو فرضنا البائع صادقا فی دعواه لم تزل الغرامة غایة الأمر کون المغروم له هو البائع علی تقدیر الصدق و المالک علی تقدیر کذبه فحکمه حکم نفس الثمن فی التزام المشتری به علی تقدیری صدق البائع و کذبه ثم إنه قد ظهر مما ذکرنا أن کل ما یرجع المشتری به علی البائع إذا رجع إلیه فلا یرجع البائع به علی المشتری إذا رجع علیه- لأن المفروض قرار الضمان علی البائع. و أما ما لا یرجع المشتری به علی البائع کمساوی الثمن من القیمة فیرجع البائع به علی المشتری إذا غرمه للمالک و الوجه فی ذلک حصول التلف فی یده.

[حکم المالک بالنسبة إلی الأیادی المتعاقبة]

فإن قلت إن كلا من البائع و المشترى- يتساويان في حصول العين في يدهما العادية التي هي سبب للضمان و حصول التلف في يد المشترى لا-وجه له و لا-دليل على كونه سببا لرجوع البائع عليه. نعم لو أتلف بفعله رجع لكونه سببا لتنجز الضمان على السابق. قلت توضيح ذلك يحتاج إلى الكشف عن كيفية اشتغال ذمة كل من اليدين ببدل التالف- و صيرورته في عهدة كل منهما مع أن الشيء الواحد لا يعقل استقراره إلا في ذمة واحدة و أن الموصول في قوله على اليد ما أخذت شيء واحد كيف يكون على كل واحدة من الأيادي المتعددة فنقول معنى كون العين المأخوذة على اليد كون عهدتها و دركها بعد التلف عليه فإذا فرضت أيد متعددة تكون العين الواحدة في عهدة كل من الأيادي لكن ثبوت الشيء الواحد في العهدات المتعددة معناه لزوم خروج كل منها عن العهدة عند تلفها و حيث إن الواجب هو تدارك التالف الذي يحصل ببدل واحد لا أزيد كان معناه تسلط المالك على مطالبة كل منهم الخروج عن العهدة عند تلفه فهو يملك ما في ذمة كل منهم على البدل بمعنى أنه إذا استوفى من أحدهم سقط من الباقي لخروج الباقي عن كونه تداركا لأن المتدارك لا يتدارك. و الوجه في سقوط حقه بدفع بعضهم عن الباقي أن مطالبته ما دام لم يحصل إليه المبدل و لا بد له فأيهما حصل في يده لم يبق له استحقاق بدله فلو بقي شيء له في ذمة واحدة لم يكن بعنوان البدلية و المفروض عدم ثبوته بعنوان آخر. و يتحقق مما ذكرنا أن المالك إنما يملك البدل على سبيل البدلية إذ يستحيل اتصاف شيء منها بالبدلية بعد صيرورة أحدها بدلا عن التالف و أصلا إلى المالك و يمكن أن يكون نظير ذلك ضمان المال على طريقة الجمهور حيث إنه ضم ذمة إلى ذمة أخرى و ضمان عهدة العوضين لكل من البائع و المشترى عندنا كما في الإيضاح و ضمان الأعيان المضمونة على ما استقر به في التذكرة و قواه في الإيضاح و ضمان الاثنين لواحد كما اختاره ابن حمزة. و قد حكى فخر الدين و الشهيد عن العلامة في درسه أنه نفى المنع من ضمان الاثنين على وجه الاستقلال قال و نظيره في العبادات الواجب الكفائي و في الأموال الغاصب من الغاصب هذا حال المالك بالنسبة إلى ذوي الأيدي.

[حكم الأيادي المتعاقبة بعضها بالنسبة إلى بعض

و أما حال بعضهم بالنسبة إلى بعض فلا ريب في أن اللاحق إذا رجع عليه لا يرجع إلى السابق- ما لم يكن السابق موجبا لإيقاعه في خطر الضمان كما لا-ريب في أن السابق إذا رجع عليه و كان غارا للاحقه لم يرجع إليه إذ لا معنى لرجوعه عليه بما لو دفعه اللاحق ضمنه له فالمقصود بالكلام ما إذا لم يكن غارا له فنقول إن الوجه في رجوعه هو أن السابق اشتغلت ذمته له بالبدل قبل اللاحق فإذا حصل المال في يد اللاحق فقد ضمن شيئا له بدل فهذا الضمان يرجع إلى ضمان واحد من البدل و المبدل على سبيل البدل إذ لا يعقل ضمان المبدل معينا من دون البدل و إلا خرج بدله عن كونه بدلا فما يدفعه الثاني فإنما هو تدارك لما استقر تداركه في ذمة الأول بخلاف ما يدفعه الأول فإنه تدارك نفس العين معينا إذ لم يحدث له تدارك آخر بعد فإن أداه إلى المالك سقط تدارك الأول له و لا يجوز دفعه إلى الأول قبل دفع الأول إلى المالك لأنه من باب الغرامة و التدارك فلا اشتغال للذمة قبل حصول التدارك و ليس من قبيل العوض لما في ذمة الأول فحال الأول مع الثاني كحال الضامن مع المضمون عنه في أنه يستحق الدفع إليه إلا بعد الأداء. و الحاصل أن من تلف المال في يده ضامن لأحد الشخصين على البدل من المالك و من سبقه في اليد فتشتغل ذمته إما بتدارك العين و إما بتدارك ما تداركها و هذا اشتغال شخص واحد بشيئين لشخصين على البدل كما كان في الأيدي المتعاقبة اشتغال ذمة إشخاص على البدل لشيء واحد لشخص واحد و ربما يقال في وجه رجوع غير من تلف المال في يده إلى من تلف في يده لو رجع عليه إن ذمة من تلف بيده مشغولة للمالك بالبدل و إن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب

المكاسب، ج۲، ص ۱۴۹

بأداء ما اشتغلت ذمته به فيملك حينئذ من أدى بأدائه ما للمالك في ذمته بالمعاوضة الشرعية القهرية قال و بذلك اتضح الفرق بين من

تلف المال في يده و بين غيره الذي خطابه بالأداء شرعي لا ذمي إذ لا دليل على شغل ذمم متعددة بمال واحد فحينئذ يرجع عليه و لا يرجع هو انتهى و أنت خبير بأنه لا وجه للفرق بين خطاب من تلف بيده و خطاب غيره بأن خطابه ذمي و خطاب غيره شرعي مع كون دلالة على اليد ما أخذت بالنسبة إليهما على السواء. و المفروض أنه لا خطاب بالنسبة إليهما غيره مع أنه لا يكاد يفهم الفرق بين ما ذكره من الخطاب بالأداء و الخطاب الذمي مع أنه لا يكاد يعرف خلاف من أحد في كون كل من ذوي الأيدي مشغول الذمة بالمال فعلا ما لم يسقط بأداء أحدهم أو إبراء المالك نظير الاشتغال بغيره من الديون في إجباره على الدفع أو الدفع عنه من ماله و تقديمه على الوصايا و الضرر فيه مع الغرماء و مصالحة المالك عنه مع آخر إلى غير ذلك من أحكام ما في الذمة مع أن تملك غير من تلف المال بيده لما في ذمة من تلف المال بيده بمجرد دفع البدل لا يعلم له سبب اختياري و لا قهري بل المتجه على ما ذكرنا سقوط حق المالك عمن تلف في يده بمجرد أداء غيره لعدم تحقق موضوع التدارك بعد تحقق التدارك مع أن اللازم مما ذكره أن لا يرجع الغارم فيمن لحقه في الأيدي العادية إلا بمن تلف في يده مع أن الظاهر خلافه فإنه يجوز له أن يرجع إلى كل واحد ممن بعده. نعم لو كان غير من تلف بيده فهو يرجع إلى أحد لواحقه إلى أن يستقر على من تلفت في يده

[لو كانت العين باقية في الأيادي المتعاقبة]

هذا كله إذا تلف المبيع في يد المشتري و قد عرفت الحكم أيضا في صورة بقاء العين و أنه يرجع المالك بها على من في يده أو من جرت يده عليها فإن لم يمكن انتزاعها ممن هي في يده غرم للمالك بدل الحيلولة- و للمالك استردادها فيرد بدل الحيلولة و لا ترتفع سلطنة المالك على مطالبة الأول بمجرد تمكنه من الاسترداد من الثاني لأن عهدتها على الأول فيجب عليه تحصيلها و إن بذل ما بذل. نعم ليس للمالك أخذ مئونة الاسترداد ليباشر بنفسه و لو لم يقدر على استردادها إلا المالك و طلب من الأول عوضا عن الاسترداد فهل يجب عليه بذل العوض أو ينزل منزلة التعذر فيغرم بدل الحيلولة أو يفرق بين الأجرة المتعارفة للاسترداد و بين الزائدة عليها مما يعد إجحافا على الغاصب الأول وجوه هذا كله مع عدم تغير العين و أما إذا تغيرت فتجيء فيه صور كثيرة لا يناسب المقام التعرض لها و إن كان كثير مما ذكرنا أيضا مما لا يناسب ذكره إلا في باب الغصب إلا أن الاهتمام بها دعاني إلى ذكرها في هذا المقام بأدنى مناسبة اغتناما للفرصة وفقنا الله لما يرضيه عنا من العلم و العمل إنه غفار الزلل.

مسألة لو باع الفضولي مال غيره مع مال نفسه

فعلى القول ببطلان الفضولي فالظاهر أن حكمه حكم ما يقبل الملك مع ما لا يقبله- و الحكم فيه الصحة لظهور الإجماع بل دعواه عن غير واحد مضافا إلى صحيحة الصفار المتقدمة في أدلة بطلان الفضولي من قوله ع: لا يجوز بيع ما ليس يملك و قد وجب الشراء من البائع على ما يملك و لما ذكرنا قال بها من قال ببطلان الفضولي كالشيخ و ابن زهرة و الحلي و غيرهم. نعم لو لا النص و الإجماع أمكن الخدشة فيه بما سيجيء في بيع ما يملك و ما لا يملك و أما على القول بصحة الفضولي فلا ينبغي الريب في الصحة مع الإجازة بل و كذا مع الرد فإنه كما لو تبين بعض المبيع غير مملوك غاية الأمر ثبوت الخيار حينئذ للمشتري- مع جهله بالحال عند علمائنا كما عن التذكرة و سيجيء في أقسام الخيار بل عن الشيخ في الخلاف تقوية ثبوت الخيار للبائع لكن عن الغنية الجزم بعدمه و يؤيده صحيحة الصفار و ربما حمل كلام الشيخ على ما إذا ادعى البائع الجهل أو الإذن و كلام الغنية على العالم ثم إن صحة البيع فيما يملكه مع الرد مقيدة في بعض الكلمات بما إذا لم يتولد من عدم الإجازة مانع شرعي كلزوم ربا و بيع آبق من دون ضميمة و سيجيء الكلام في محله ثم إن البيع المذكور صحيح- بالنسبة إلى المملوك بحصته من الثمن و موقوف في غيره بحصته و طريق معرفة حصة كل منهما من الثمن في غير المثلي أن يقوم كل منهما منفردا فيؤخذ لكل واحد جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة قيمته إلى مجموع القيمتين مثاله كما عن السرائر ما إذا كان ثمنها ثلاثة دنانير و قيل إن قيمة المملوك قيراط و قيمة غيره قيراطان فيرجع المشتري بثلثي

الثمن و ما ذكرنا من الطريق هو المصرح به في الإرشاد حيث قال و يسقط المسمى على القيمتين و لعله أيضا مرجع ما في الشرائع و القواعد و اللمعة من أنهما يقومان جميعا ثم يقوم أحدهما و لهذا فسر بهذه العبارة المحقق الثاني عبارة الإرشاد حيث قال طريق تقسيط المسمى على القيمتين إلى آخره. لكن الإنصاف أن هذه العبارة الموجودة في هذه الكتب لا تنطبق بظاهرها على عبارة الإرشاد التي اخترناها في طريق التقسيط و استظهرناه من السرائر إذ لو كان المراد من تقويمها معا تقويم كل منهما لا تقويم المجموع لم يحتج إلى قولهم ثم يقوم أحدهما ثم تنسب قيمته إذ ليس هنا إلا أمران تقويم كل منهما و نسبة قيمته إلى مجموع القيمتين فالظاهر إرادة قيمتهما مجتمعين ثم تقويم أحدهما بنفسه ثم ملاحظة نسبة قيمة أحدهما إلى قيمة المجموع و من هنا أنكر عليهم جماعة تبعا لجامع المقاصد إطلاق القول بذلك إذ لا يستقيم ذلك فيما إذا كان لاجتماع الملكين دخل في زيادة القيمة كما في مصراعي باب و زوج خف إذا فرض تقويم المجموع بعشرة و تقويم أحدهما بدرهمين و كان الثمن خمسة فإنه إذا رجع المشتري بجزء من الثمن نسبته إليه كنسبة الاثنين إلى العشرة استحق من البائع واحدا من الخمسة فيبقى للبائع أربعة في مقابل المصراع الواحد مع أنه لم يستحق من الثمن إلا مقدارا من الثمن مساويا لما يقابل المصراع الآخر أعني درهمين و نصفا. و الحاصل أن البيع إنما يبطل في ملك الغير بحصة من الثمن يستحقها الغير مع الإجازة و يصح في نصيب المالك بحصة كأن يأخذها مع إجازة مالك الجزء الآخر هذا و لكن الظاهر أن كلام الجماعة إما محمول على الغالب من عدم زيادة القيمة و لا نقصانها بالاجتماع أو مرادهم من تقويمهما تقويم كل منهما منفردا و يراد من تقويم أحدهما ثانيا ملاحظة قيمته مع مجموع القيمتين و إلا ففساد الضابط المذكور في كلامهم

المكاسب، ج۲، ص ۱۵۰

لا- يحتاج إلى النقض بصورة مدخلية الاجتماع في الزيادة التي لا يمكن القول فيها و إن كان ضعيفا بأخذ النسبة للمشتري بين قيمة أحدهما المنفرد و بين قيمة المجموع بل تنتقض بصورة مدخلية الاجتماع في نقصان القيمة بحيث تكون قيمة أحدهما منفردا مثل قيمة المجموع أو أزيد فإن هذه فرض ممكن كما صرح به في رهن جامع المقاصد و غيره فإن الالتزام هنا بالنسبة المذكورة يوجب الجمع بين الثمن و المثمن كما لو باع جارية مع أمها قيمتهما مجتمعتين عشرة و قيمة كل واحدة منهما منفردة عشرة بثمانية فإن نسبة قيمة إحداهما المنفردة إلى مجموع القيمتين- نسبة الشيء إلى مماثله فيرجع بكل الثمانية و كأن من أورد عليهم ذلك غفل عن هذا أو كان عنده غير ممكن. فالتحقيق في جميع الموارد ما ذكرنا من ملاحظة قيمة كل منهما منفردا و نسبة قيمة أحدهما إلى مجموع القيمتين فإن قلت إن المشتري إنما بذل الثمن في مقابل كل منهما مقيدا باجتماعه مع الآخر و هذا الوصف لم يبق له مع رد مالك أحدهما فالبائع إنما يستحق من الثمن ما يوزع على ماله منفردا فله من الثمن جزء نسبته إليه كنسبة الدرهمين إلى العشرة و هو درهم واحد فالزيادة ظلم على المشتري و إن كان ما أوهمته عبارة الشرائع و شبهها من أخذ البائع أربعة و المشتري واحدا أشد ظلما كما نبه عليه في بعض حواشي الروضة فاللازم أن يقسط الثمن على قيمة كل من الملكين منفردا أو على هيئته الاجتماعية و يعطى البائع من الثمن بنسبة قيمة ملكه منفردا و يبقى للمشتري بنسبة قيمة ملك الآخر منفردا و قيمة هيئته الاجتماعية. قلت فوات وصف الانضمام- كسائر الأوصاف الموجبة لزيادة القيمة ليس مضمونا في باب المعاوضات و إن كان مضمونا في باب العدوان غاية الأمر ثبوت الخيار مع اشتراط تلك الصفة و لا فرق فيما ذكرنا بين كون ملك البائع و ملك غيره متعددين في الوجود كعبد و جارية أو متحدين كعبد ثلثه للبائع و ثلثاه لغيره فإنه لا يوزع الثمن على قيمة المجموع أثلاثا لأن الثلث لا يباع بنصف ما يباع به الثلثان لكونه أقل رغبة منه بل يلاحظ قيمة الثلث و قيمة الثلثين و يؤخذ النسبة منهما ليؤخذ من الثمن بتلك النسبة هذا كله في القيمي أما المبيع المثلي- فإن كانت الحصة مشاعة قسط الثمن على نفس المبيع فيقابل كل من حصتي البائع و الأجنبي بما يخصه و إن كانت حصة كل منهما معينة كان الحكم كما في القيمي من ملاحظة قيمتي الحصتين و تقسيط الثمن على المجموع فافهم.

مسألة لو باع من له نصف الدار نصف تلك الدار

فإن علم أنه أراد نصفه أو نصف الغير عمل به و إلا فإن علم أنه لم يقصد بقوله بعتك نصف الدار إلا مفهوم هذا اللفظ ففيه احتمالان حمله على نصفه المملوك له و حمله على النصف المشاع بينه و بين الأجنبى و منشأ الاحتمالين إما تعارض ظاهره النصف أعنى الحصة المشاعة فى مجموع النصفين مع ظهور انصرافه فى مثل المقام من مقامات التصرف إلى نصفه المختص و إن لم يكن له هذا الظهور فى غير المقام و لذا يحمل الإقرار على الإشاعة كما سيجىء أو مع ظهور إنشاء البيع فى البيع لنفسه لأن بيع مال الغير لا بد فيه إما من نية الغير أو اعتقاد كون المال لنفسه و إما من بنائه على تملكه للمال عدوانا كما فى بيع الغاصب و الكل خلاف المفروض هنا. و مما ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين قول البائع بعت غانما مع كون الاسم مشتركا بين عبده و عبد غيره حيث ادعى فخر الدين الإجماع على انصرافه إلى عبده فقاس عليه ما نحن فيه إذ ليس للفظ المبيع هنا ظهور فى عبد الغير فيبقى ظهور البيع فى وقوعه لنفس البائع و انصراف لفظ المبيع فى مقام التصرف إلى مال المتصرف سليمين عن المعارض فيفسر بهما إجمال لفظ المبيع ثم إنه لو كان البائع وكيلا فى بيع النصف أو وليا عن مالكه فهل هو كالأجنبى وجهان مبنيان على أن المعارض لظهور النصف فى المشاع هو انصراف لفظ المبيع إلى مال البائع فى مقام التصرف أو ظهور التمليك فى الأصالة الأقوى هو الأول لأن ظهور التمليك فى الأصالة من باب الإطلاق و ظهور النصف فى المشاع و إن كان كذلك أيضا إلا أن ظهور المقيد وارد على ظهور المطلق. و ما ذكره الشهيد الثانى من عدم قصد الفضولى إلى مدلول اللفظ و إن كان مرجعه إلى ظهور وارد على ظهور المقيد إلا أنه مختص بالفضولى لأن القصد الحقيقى موجود فى الوكيل و الولى فالأقوى فيهما الاشتراك فى البيع تحكيما لظاهر النصف إلا أن يمنع ظهور النصف إلا فى النصف المشاع فى المجموع و أما ملاحظة حقى المالكين و إرادة الإشاعة فى الكل من حيث إنه مجموعهما فغير معلومة- بل معلومة العدم بالفرض. و من المعلوم أن النصف المشاع بالمعنى المذكور يصدق على نصفه المختص فقد ملك كليا يملك مصداقه فهو كما لو باع كليا سلفا مع كونه مأذونا فى بيع ذلك عن غيره أيضا لكنه لم يقصد إلا مدلول اللفظ من غير ملاحظة وقوعه عنه أو عن غيره فإن الظاهر وقوعه لنفسه لأنه عقد على ما يملكه فصرفه إلى الغير من دون صارف لا وجه له و لعله لما ذكرنا ذكر جماعة كالفاضلين و الشهيدين و غيرهم أنه لو أصدق المرأة عينا فوهبت نصفها المشاع قبل الطلاق استحق الزوج بالطلاق النصف الباقى لا نصف الباقى و قيمة نصف الموهوب و إن ذكروا ذلك احتمالا و ليس إلا من جهة صدق النصف على الباقى فيدخل فى قوله تعالى فَنِصْفُ ما فَرَضْتُمْ و إن كان يمكن توجيه هذا الحكم منهم بأنه لما كان الربع الباقى للمرأة من الموجود مثلا للربع التالف من الزوج و مساويا له من جميع الجهات بل لا تغاير بينهما إلا بالاعتبار فلا وجه لاعتبار القيمة نظير ما لو دفع المقترض نفس العين المقترضة مع كونها قيمية لكن الظاهر أنهم لم يريدوا هذا الوجه و إنما عللوا استحقاقه للنصف الباقى ببقاء مقدار حقه فلا يخلو عن منافاة لهذا المقام و نظيره فى ظهور المنافاة لما هنا ما ذكروه فى باب الصلح- من أنه إذا أقر من بيده المال لأحد المدعيين للمال بسبب موجب للشركة كالإرث فصالحه المقر له على ذلك النصف كان النصف مشاعا فى نصيبها فإن أجاز شريكه نفذ فى المجموع و إلا نفذ فى الربع فإن مقتضى ما ذكروه هنا اختصاص المصالحة بنصف المقر له لأنه إن أوقع الصلح على نصفه الذى أقر له به فهو كما لو صالح نصفه قبل الإقرار مع غير المقر أو معه و إن أوقعه على مطلق النصف المشاع انصرف أيضا إلى حصته فلا وجه لاشتراكه بينه و بين

المكاسب، ج۲، ص ۱۵۱

شريكه و لذا اختار سيد مشايخنا قدس الله أسرارهم اختصاصه بالمقر له و فصل فى المسالك بين ما لو وقع الصلح على نصفه أو مطلق النصف و بين ما إذا وقع على النصف الذى أقر به ذو اليد فاختار مذهب المشهور فى الثالث لأن الإقرار منزل على الإشاعة و حكمه بالاختصاص فى الأولين لاختصاص النصف وضعا فى الأول و انصرافا فى الثانى إلى النصف المختص و اعترضه فى مجمع الفائدة بأن هذا ليس تفصيلا بل مورد كلام المشهور هو الثالث لفرضهم المصالحة على ذلك النصف المقر به و تمام الكلام فى محله و على كل حال فلا إشكال فى أن لفظ النصف المقر به إذا وقع فى كلام المالك للنصف المشاع مجردا عن حال أو مقال يقتضى صرفه إلى نصفه يحمل على المشاع فى نصيبه و نصيب شريكه و لهذا أفتوا ظاهرا على أنه لو أقر أحد الرجلين الشريكين الثابت يد كل منهما

على نصف العين بأن ثلث العين لفلان حمل على الثلث المشاع فى النصيبين- فلو كذبه الشريك الآخر دفع المقر إلى المقر له نصف ما فى يده لأن المنكر بزعم المقر ظالم للسدس بتصرفه فى النصف لأنه باعتقاده إنما يستحق الثلث فالسدس الفاضل فى يد المنكر نسبته إلى المقر و المقر له على حد سواء فإنه قدر تالف من العين المشتركة فيوزع على الاستحقاق. و دعوى أن مقتضى الإشاعة تنزيل المقر به على ما فى يد كل منهما فيكون فى يد المقر سدس و فى يد المنكر سدس كما لو صرح بذلك و قال إن له فى يد كل منهما سدسا و إقراره بالنسبة إلى ما فى يد الغير غير مسموع فلا يجب إلا أن يدفع إليه ثلث ما فى يده و هو السدس المقر به و قد تلف السدس الآخر بزعم المقر على المقر له بتكذيب المنكر مدفوعة بأن ما فى يد الغير ليس عين ماله فيكون كما لو أقر شخص بنصف كل من داره و دار غيره بل هو مقدار حصته المشاعة كحصة المقر و حصة المقر له بزعم المقر إلا أنه لما يجبر المكذب على دفع شيء مما فى يده فقد تلف سدس مشاع يوزع على المقر و المقر له فلا معنى لحسابه على المقر له وحده إلا على احتمال ضعيف و هو تعلق الغصب بالمشاع و صحة تقسيم الغاصب مع الشريك فيتمحض ما يأخذه الغاصب للمغصوب منه و ما يأخذه الشريك لنفسه لكنه احتمال مضعف فى محله و إن قال به أو مال إليه بعض على ما حكى للحرج أو السيرة. نعم يمكن أن يقال فى هذا المقام بأن التلف فى المقام حاصل بإذن الشارع للمنكر الغاصب لحق المقر له باعتقاد المقر و الشارع إنما أذن له فى أخذ ما يأخذه على أنه من مال المقر له فالشارع إنما حسب السدس فى يد المنكر على المقر له فلا يحسب منه على المقر شيء و ليس هذا كأخذ الغاصب جزء معينا من المال عدوانا بدون إذن الشارع حتى يحسب على كلا الشريكين. و الحاصل أن أخذ الجزء لما كان بإذن الشارع و إنما أذن له على أن يكون من مال المقر له و لعله لذا ذكر الأكثر بل نسبه فى الإيضاح إلى الأصحاب فى مسألة الإقرار بالنسب أن أحد الأخوين إذا أقر بثالث دفع إليه الزائد عما يستحقه باعتقاده و هو الثالث و لا يدفع إليه نصف ما فى يده نظرا إلى أنه أقر بتساويهما فى مال المورث و كل ما حصل كان لهما و كل ما نوى كذلك هذا و لكن لا يخفى ضعف هذا الاحتمال من جهة أن الشارع ألزم بمقتضى الإقرار معاملة المقر مع المقر له بما يقتضيه الواقع الذى أقر به. و من المعلوم أن مقتضى الواقع لو فرض العلم بصدق المقر هو كون ما فى يده على حسب إقراره بالمناصفة و أما المنكر فإن كان عالما فيكون ما فى يده مالا مشتركا لا يحل له منه إلا ما قابل حصته عما فى يدهما و الزائد حق لهما عليه. و أما مسألة الإقرار بالنسب فالمشهور و إن صاروا إلى ما ذكر و حكاه الكلينى عن الفضل بن شاذان على وجه الاعتماد بل ظاهره جعل فتواه كروايته إلا أنه صرح جماعة ممن تأخر عنهم بمخالفته للقاعدة حتى قوى فى المسالك الحمل على الإشاعة و تبعه سبطه و السيد [صاحب الرياض فى شرحى النافع. و الظاهر أن مستند المشهور بعض الروايات الضعيفة المنجبر بعمل أصحاب الحديث كالفضل و الكلينى بل و غيرهما. فروى الصدوق مرسلا و الشيخ مسندا عن وهب بن وهب أبى البخترى عن جعفر ابن محمد عن أبيه ع قال: قضى

على ع فى رجل مات و ترك ورثة فأقر أحد الورثة بدين على أبيه أنه يلزم ذلك فى حصته بقدر ما ورث و لا يكون ذلك فى ماله كله و إن أقر اثنان من الورثة و كانا عدلين أجيز ذلك على الورثة و إن لم يكونا عدلين ألزما فى حصتهما بقدر ما ورثا و كذلك إن أقر بعض الورثة بأخ أو أخت إنما يلزمه فى حصته و بالإسناد قال قال على ع:

من أقر لأخيه فهو شريك فى المال و لا يثبت نسبه فإن أقر اثنان فكذلك إلا أن يكونا عدلين فيثبت نسبه و يضرب فى الميراث معهم.

و عن قرب الإسناد رواية الخبرين عن السندى بن محمد و تمام الكلام فى محله من كتاب الإقرار و الميراث إن شاء الله.

مسألة لو باع ما يقبل التملک و ما لا يقبله

كالخمر و الخنزير صفقة بثمن واحد صح فى المملوک عندنا كما فى جامع المقاصد و إجماعا كما عن الغنية و يدل عليه إطلاق مكاتبة الصفار المتقدمة و دعوى انصرافه إلى صورة كون بعض القرية المذكورة فيها مال الغير ممنوعة بل لا مانع من جريان قاعدة الصحة بل اللزوم فى العقود عدا ما يقال من أن التراضى و التعاقد إنما وقع على المجموع الذى لم يمضه الشارع قطعا فالحكم

بالإمضاء فى البعض مع كونه مقصودا إلا ـ فى ضمن المركب يحتاج إلى دليل آخر غير ما دل على حكم العقود و الشروط و التجارة عن تراض و لذا حكموا بفساد العقد بفساد شرطه و قد نبه عليه فى جامع المقاصد فى باب فساد الشرط و ذكر أن فى الفرق بين فساد الشرط و الجزء عسرا و تمام الكلام فى باب الشروط- و يكفى هنا الفرق بالنص و الإجماع. نعم ربما يقيد الحكم بصورة جهل المشترى لما ذكر فى المسالك وفاقا للمحكى فى التذكرة عن الشافعى من جهة إفضائه إلى الجهل بثمن المبيع قال فى التذكرة بعد ذلك و ليس عندى بعيدا من الصواب الحكم بالبطلان فيما إذا علم المشترى حرية الآخر أو كونه مما لا ينقل إليه انتهى. و يمكن دفعه بأن اللازم هو العلم بثمن المجموع الذى قصد إلى نقله عرفا و إن علم الناقل بعدم إمضاء الشارع له فإن هذا العلم غير مناف لقصد النقل حقيقة فبيع الغرر المتعلق لنهى الشارع و حكمه عليه بالفساد هو ما كان غررا فى نفسه مع قطع النظر عما يحكم عليه من الشارع مع أنه لو تم ما ذكر لاقتضى صرف مجموع الثمن إلى المملوك لا البطلان لأن المشترى القادم على ضمان المجموع بالثمن مع علمه سلامة البعض له قادم على ضمان المملوك وحده بالثمن كما صرح به الشهيد فى محكى الحواشى المنسوبة إليه

المكاسب، ج۲، ص ۱۵۲

حيث قال إن هذا الحكم مقيد بجهل المشترى بعين المبيع و حكمه و إلا لكان البذل بإزاء المملوك ضرورة أن القصد إلى الممتنع كلا قصد انتهى لكن ما ذكره رحمه الله مخالف لظاهر المشهور حيث حكموا بالتقسيط- و إن كان مناسبا لما ذكروه فى بيع مال الغير من العالم من عدم رجوعه بالثمن إلى البائع لأنه سلطه عليه مجانا فإن مقتضى ذلك عدم رجوع المشترى بقسط غير المملوك إما لوقوع المجموع فى مقابل المملوك كما عرفت من الحواشى و إما لبقاء ذلك القسط له مجانا كما قد يلوح من جامع المقاصد و المسالك إلا أنك قد عرفت أن الحكم هناك لا يكاد ينطبق على القواعد ثم إن طريق تقسيط الثمن على المملوك و غيره- يعرف مما تقدم فى بيع ماله مع مال الغير من أن العبرة بتقويم كل منهما منفردا و نسبة قيمة المملوك إلى مجموع القيمتين لكن الكلام هنا فى طريق معرفة قيمة غير المملوك. و قد ذكروا أن الحر يفرض عبدا بصفاته و يقوم و الخمر و الخنزير يقومان بقيمتهما عند من يراهما مالا و يعرف تلك القيمة بشهادة عدلين مطلعين على ذلك لكونهما مسبوقين بالكفر أو مجاورين للكفار و يشكل تقويم الخمر و الخنزير بقيمتهما إذا باع الخنزير بعنوان أنه شاة و الخمر بعنوان أنها خل فبان الخلاف- بل جزم بعض هنا بوجوب تقويمهما قيمة الخل و الشاة كالحر.

[القول فى أولياء التصرف]

مسألة يجوز للأب و الجد أن يتصرفا فى مال الطفل – بالبيع و الشراء

اشارة

و يدل عليه قبل الإجماع الأخبار المستفيضة المصرحة فى موارد كثيرة و فحوى سلطنتهما على بضع البنت فى باب النكاح

[عدم اعتبار العدالة فى ولاية الأب و الجد]

و المشهور عدم اعتبار العدالة للأصل و الإطلاقات و فحوى الإجماع المحكى عن التذكرة على ولاية الفاسق فى التزويج خلافا للمحكى عن الوسيلة و الإيضاح فاعتبراها فيهما مستدلا فى الأخير بأنها ولاية على من لا يدفع عن نفسه و لا يصرف عن ماله و يستحيل من حكمة الصانع أن يجعل الفاسق أمينا تقبل إقراراته و إخباراته عن غيره مع نص القرآن على خلافه انتهى. و لعله أراد بنص القرآن آية الركون إلى الظالم التى أشار إليها فى جامع المقاصد و فى دلالة الآية نظر و أضعف منها ما ذكره فى الإيضاح من الاستحالة إذ

المحذور يندفع كما فى جامع المقاصد بأن الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الأحوال اختلال حال الطفل عزله و منعه من التصرف فى ماله و إثبات اليد عليه و إن لم يظهر خلافه فولايته ثابتة و إن لم يعلم استعلم حاله بالاجتهاد و تتبع سلوكه و شواهد أحواله انتهى

و هل يشترط فى تصرفه المصلحة- أو يكفى عدم المفسدة أم لا

يعتبر شيء وجوه- يشهد للأخير إطلاق ما دل على أن مال الوالد للوالد كما فى رواية سعد بن يسار و أنه و ماله لأبيه كما فى النبوى المشهور و صحيحة ابن مسلم: إن الوالد يأخذ من مال ولده ما شاء و ما فى العلل عن محمد بن سنان عن الرضا ع: من أن علة تحليل مال الولد لوالده أن الولد موهوب للوالد فى قوله تعالى يَهَبُ لِمَنْ يَشاءُ إِناثاً وَ يَهَبُ لِمَنْ يَشاءُ الذُّكُورَ و يؤيده أخبار جواز تقويم جارية الابن على نفسه لكن الظاهر منها تقييدها بصورة حاجة الأب- كما يشهد له قوله ع فى رواية الحسين بن أبى العلاء قال: قلت لأبى عبد الله ع ما يحل للرجل من مال ولده قال قوته بغير سرف إذا اضطر إليه قال فقلت له فقول رسول الله ص للرجل الذى أتاه فقدم أباه فقال له أنت و مالك لأبيك فقال إنما جاء بأبيه إلى النبى ص فقال يا رسول الله هذا أبى و قد ظلمنى ميراثى عن أمى فأخبره الأب أنه قد أنفقه عليه و على نفسه فقال النبى ص أنت و مالك لأبيك و لم يكن عند الرجل شيء أو كان رسول الله ص يحبس الأب للابن و نحوها صحيحة أبى حمزة الثمالى: عن أبى جعفر ع قال قال رسول الله ص لرجل أنت و مالك لأبيك ثم قال أبو جعفر ع ما أحب أن يأخذ من مال ابنه إلا ما احتاج إليه مما لا بد منه أن الله لا يحب الفساد. فإن الاستشهاد بالآية يدل على إرادة الحرمة من عدم الحب دون الكراهة و أنه لا يجوز له التصرف بما فيه مفسدة للطفل هذا كله مضافا إلى عموم قوله تعالى وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فإن إطلاقه يشمل الجد و يتم فى الأب بعدم الفصل و مضافا إلى ظهور الإجماع على عدم اعتبار المفسدة بل فى مفتاح الكرامة استظهر الإجماع تبعا لشيخه فى شرح القواعد على إناطة جواز تصرف الولى بالمصلحة و ليس ببعيد فقد صرح به فى محكى المبسوط حيث قال و من يلى أمر الصغير و المجنون خمسة الأب و الجد للأب و وصى الأب و الجد و الحاكم و من يأمره ثم قال و كل هؤلاء الخمسة لا يصح تصرفهم إلا على وجه الاحتياط و الحظ للصغير لأنهم إنما نصبوا لذلك فإذا تصرف فيه على وجه لا حظ فيه كان باطلا لأنه خلاف ما نصب له انتهى و قال الحلى فى السرائر لا يجوز للولى التصرف فى مال الطفل إلا بما يكون فيه صلاح المال و يعود نفعه إلى الطفل دون المتصرف فيه و هذا هو الذى يقتضيه أصول المذهب انتهى. و قد صرح بذلك أيضا المحقق و العلامة و الشهيدان و المحقق الثانى و غيرهم بل فى شرح الروضة للفاضل الهندى أن المتقدمين عمموا الحكم باعتبار المصلحة من غير استثناء و استظهر فى مفتاح الكرامة من عبارة التذكرة فى باب الحجر نفى الخلاف فى ذلك بين المسلمين. و قد حكى عن الشهيد فى حواشى القواعد أن قطب الدين قدس سره نقل عن العلامة رحمه الله أنه لو باع الولى بدون ثمن المثل لم لا ينزل منزلة الإتلاف بالاقتراض لأنا قائلون بجواز اقتراض ماله و هو يستلزم جواز إتلافه قال و توقف زاعما أنه لا يقدر على مخالفة الأصحاب هذا و لكن الأقوى كفاية عدم المفسدة- وفاقا لغير واحد من الأساطين الذين عاصرناهم لمنع دلالة الروايات على أكثر من النهى عن الفساد فلا تنهض لدفع دلالة المطلقات المتقدمة الظاهرة فى سلطنة الوالد على الولد و ماله. و أما الآية الشريفة فلو سلم دلالتها فهى مخصصة بما دل على ولاية الجد و سلطته الظاهرة فى أن له أن يتصرف فى مال الطفل بما ليس فيه مفسدة له فإن ما دل على ولاية الجد فى النكاح معللا بأن البنت و أباها للجد. و قوله ص: أنت و مالك لأبيك خصوصا مع استشهاد الإمام ع به فى مضى نكاح الجد بدون إذن الأب ردا على من أنكر ذلك و حكم ببطلان ذلك من العامة فى مجلس بعض الأمراء و غير ذلك يدل على ذلك مع أنه لو سلمنا عدم التخصيص وجب الاقتصار عليه فى حكم الجد دون الأب و دعوى عدم القول بالفصل ممنوعة فقد حكى عن بعض متأخرى المتأخرين

المكاسب، ج۲، ص ۱۵۳

القول بالفصل بينهما فى الاقتراض مع عدم اليسر

[مشاركة الجد و إن علا للأب في الحكم

ثم لا خلاف ظاهرا كما ادعى في أن الجد و إن علا يشارك الأب في الحكم و يدل عليه ما دل على أن الشخص و ماله الذي منه مال ابنه لأبيه و ما دل على أن الولد و والده لجده

و لو فقد الأب و بقي الجد فهل أبوه أو جده يقوم مقامه في المشاركة أو يخص هو بالولاية

قولان من ظاهر أن الولد و والده لجده و هو المحكي عن ظاهر جماعة و من أن مقتضى قوله تعالى وَ أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلى بِبَعْضٍ كون القريب أولى بقريبه من البعيد فينفي ولاية البعيد و خرج منه الجد مع الأب و بقي الباقي و ليس المراد من لفظ الأولى التفضيل مع الاشتراك في المبدأ بل هو نظير قولك هو أحق بالأجر من فلان و نحوه و هذا محكي عن جامع المقاصد و المسالك و الكفاية و للمسألة مواضع أخر تأتي إن شاء الله.

مسألة من جملة أولياء التصرف في مال من لا يستقل بالتصرف في ماله الحاكم

اشارة

و المراد منه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى و قد رأينا هنا ذكر مناصب الفقيه امتثالا لأمر أكثر حضار مجلس المذاكرة فنقول مستعينا بالله

للفقيه الجامع للشرائط مناصب ثلاثة

أحدها الإفتاء فيما يحتاج إليها العامي في علمه

و مورده المسائل الفرعية و الموضوعات الاستنباطية من حيث ترتب حكم فرعي عليها و لا إشكال و لا خلاف في ثبوت هذا المنصب للفقيه إلا ممن لا يرى جواز التقليد للعامي و تفصيل الكلام في هذا المقام موكول إلى مباحث الاجتهاد و التقليد.

الثاني الحكومة

فله الحكم بما يراه حقا في المرافعات و غيرها في الجملة و هذا المنصب أيضا ثابت له بلا خلاف فتوى و نصا و تفصيل الكلام فيه من حيث شرائط الحاكم و المحكوم به و المحكوم عليه موكول إلى كتاب القضاء.

الثالث ولاية التصرف في الأموال و الأنفس

اشارة

و هو المقصود بالتفصيل هنا فنقول

الولاية تتصور على وجهين

الأول استقلال الولي بالتصرف

مع قطع النظر عن كون تصرف غيره منوطا بإذنه أو غير منوط به و مرجع هذا إلى كون نظره سببا في جواز تصرفه.

الثانی عدم استقلال غیره بالتصرف

و کون تصرف الغیر منوطا بإذنه و إن لم یکن هو مستقلا بالتصرف و مرجع هذا إلی کون نظره شرطا فی جواز تصرف غیره و بین موارد الوجهین عموم من وجه ثم إذنه المعتبر فی تصرف الغیر إما أن یکون علی وجه الاستنابة کوکیل الحاکم و إما أن یکون علی وجه التفویض و التولیة کمتولی الأوقاف من قبل الحاکم و إما أن یکون علی وجه الرضا کإذن الحاکم لغیره لفظا فی الصلاة علی میت لا ولی له

[ثبوت الولایة بالمعنی الأول للنبی و الأئمة ع

اشارة

إذا عرفت هذا فنقول مقتضی الأصل عدم ثبوت الولایة لأحد- بشیء من الأمور المذکورة خرجنا عن هذا الأصل فی خصوص النبی و الأئمة صلوات الله علیهم أجمعین بالأدلة الأربعة

[الاستدلال بالکتاب

قال الله تعالی النَّبِیُّ أَوْلی بِالْمُؤْمِنِینَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ و وَ ما کانَ لِمُؤْمِنٍ وَ لا مُؤْمِنَةٍ إِذا قَضَی اللَّهُ وَ رَسُولُهُ أَمْراً أَنْ یَکُونَ لَهُمُ الْخِیَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ- فَلْیَحْذَرِ الَّذِینَ یُخالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِیبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ یُصِیبَهُمْ عَذابٌ أَلِیمٌ و أَطِیعُوا اللَّهَ وَ أَطِیعُوا الرَّسُولَ وَ أُولِی الْأَمْرِ و إِنَّما وَلِیُّکُمُ اللَّهُ وَ رَسُولُهُ الآیة إلی غیر ذلک.

[الاستدلال بالروایات

و قال النبی ص کما فی روایة أیوب بن عطیة: أنا أولی بکل مؤمن من نفسه و قال فی یوم غدیر خم: أ لست أولی بکم من أنفسکم قالوا بلی قال من کنت مولاه فهذا علی مولاه.
و الأخبار فی افتراض طاعتهم و کون معصیتهم کمعصیة الله کثیرة یکفی فی ذلک منها مقبولة عمر بن حنظلة و مشهورة أبی خدیجة و التوقیع الآتی حیث علل فیه حکومة الفقیه و تسلطه علی الناس بأنی قد جعلته کذلک و أنه حجتی علیکم.

[الاستدلال بالإجماع و العقل

و أما الإجماع فغیر خفی و أما العقل القطعی فالمستقل منه حکمه بوجوب شکر المنعم بعد معرفة أنهم أولیاء النعم و غیر المستقل حکمه بأن الأبوة إذا اقتضت وجوب طاعة الأب علی الابن فی الجملة کانت الإمامة مقتضیة لوجوب طاعة الإمام علی الرعیة بطریق أولی لأن الحق هنا أعظم بمراتب فتأمل. و المقصود من جمیع ذلک دفع ما یتوهم من أن وجوب طاعة الإمام مختص بالأوامر الشرعیة و أنه لا دلیل علی وجوب إطاعته فی أوامره العرفیة أو سلطنته علی الأموال و الأنفس. و بالجملة فالمستفاد من الأدلة الأربعة بعد التتبع و التأمل أن للإمام سلطنة مطلقة علی الرعیة من قبل الله تعالی و أن تصرفهم نافذ علی الرعیة ماض مطلقا هذا کله فی ولایتهم بالمعنی الأول.

و أما بالمعنی الثانی أعنی اشتراط تصرف الغیر بإذنهم

فهو و إن كان مخالفا للأصل إلا أنه قد وردت أخبار خاصة بوجوب الرجوع إليهم و عدم جواز الاستقلال لغيرهم بالنسبة إلى المصالح المطلوبة للشارع غير المأخوذة على شخص معين من الرعية كالحدود و التعزيرات و التصرف فی أموال القاصرين و إلزام الناس بالخروج عن الحقوق و نحو ذلک يكفی فی ذلک ما دل على أنهم أولو الأمر و الولاية فإن الظاهر من هذا العنوان عرفا من يجب الرجوع إليه فی الأمور العامة التی لم تحمل فی الشرع على شخص خاص و كذا ما دل على وجوب الرجوع فی الوقائع الحادثة إلى رواة الحديث معللا بأنهم حجتی عليكم و أنا حجة الله فإنه دل على أن الإمام هو المرجع الأصلی. و ما عن العلل بسنده عن الفضل بن الشاذان: عن مولانا أبی الحسن الرضا ع فی علل حاجة الناس إلى الإمام حيث قال بعد ذكر جملة من العلل و منها أنا لا نجد فرقة من الفرق و لا ملة من الملل عاشوا و بقوا إلا بقيم و رئيس لما لا بد لهم منه من أمر الدين و الدنيا فلم يجز فی حكمة الحكيم أن يترک الخلق بلا رئيس و هو يعلم أنه لا بد لهم منه و لا قوام لهم إلا به هذا مضافا إلى ما ورد فی خصوص الحدود و التعزيرات و الحكومات و أنها لإمام المسلمين و فی الصلاة على الجنائز من أن سلطان الله أحق بها من كل أحد و غير ذلک مما يعثر عليه المتتبع و كيف كان فلا إشكال فی عدم جواز التصرف فی كثير من الأمور العامة بدون إذنهم و رضاهم لكن لا عموم يقتضی أصالة توقف كل تصرف على الإذن. نعم الأمور التی يرجع فيها كل قوم إلى رئيسهم لا يبعد الاطراد فيها بمقتضی كونهم أولی الأمر و ولاته و المرجع الأصلی فی الحوادث الواقعة و المرجع فی غير ذلک من موارد الشک إلى إطلاقات أدلة تلک التصرفات إن وجدت على الجواز أو المنع و إلا فإلى الأصول العملية لكن حيث كان الكلام فی اعتبار إذن الإمام أو نائبه الخاص مع التمكن منه لم يجز إجراء الأصول لأنها لا تنفع مع التمكن من الرجوع إلى الحجة و إنما تنفع ذلک مع عدم التمكن من الرجوع إليها لبعض العوارض

و بالجملة فلا يهمنا التعرض لذلک

إنما المهم التعرض لحكم ولاية الفقيه

اشارة

المكاسب، ج۲، ص ۱۵۴

بأحد الوجهين المتقدمين فنقول

أما الولاية على الوجه الأول أعنی استقلاله فی التصرف

فلم يثبت بعموم عدا ما ربما يتخيل من أخبار واردة فی شأن العلماء مثل: إن العلماء ورثة الأنبياء و ذلک أن الأنبياء لم يورثوا دينارا و لا درهما و لكن أورثوا أحاديث من أحاديثهم فمن أخذ بشیء منها أخذ بحظ وافر و أن: العلماء أمناء الرسل. و قوله ع: مجاری الأمور بيد العلماء بالله الأمناء على حلاله و حرامه و قوله ص: علماء أمتی كأنبياء بنی إسرائيل و فی المرسلة المروية فی الفقه الرضوی: أن منزلة الفقيه فی هذا الوقت كمنزلة الأنبياء فی بنی إسرائيل و قوله ع فی نهج البلاغة: أولی الناس بالأنبياء أعلمهم بما جاءوا به إِنَّ أَوْلَى النَّاسِ بِإِبْراهِيمَ لَلَّذِينَ اتَّبَعُوهُ إلى آخر الآية و قوله ص ثلاثا: اللهم ارحم خلفائی قيل و من خلفاؤک يا رسول الله قال الذين يأتون بعدی و يروون حديثی و سنتی و قوله ع فی مقبولة [عمر] بن حنظلة: قد جعلته عليكم حاكما و فی مشهورة أبی خديجة: جعلته عليكم قاضيا و قوله عجل الله فرجه: هم حجتی عليكم و أنا حجة الله. إلى غير ذلک مما يظفر به المتتبع لكن الإنصاف بعد ملاحظة سياقها أو صدرها أو ذيلها يقتضی الجزم بأنها فی مقام بيان وظيفتهم من حيث الأحكام الشرعية لا كونهم كالنبی و الأئمة ص فی كونهم أولی بالناس فی أموالهم فلو طلب الفقيه الزكاة و الخمس من المكلف فلا دليل على وجوب الدفع إليه شرعا. نعم لو ثبت شرعا اشتراط صحة أدائهما- بدفعهما إلى الفقيه مطلقا أو بعد المطالبة لو أفتى بذلک الفقيه وجب اتباعه إن كان ممن يتعين تقليده ابتداء أو بعد الاختيار فيخرج عن محل الكلام هذا مع أنه لو فرض العموم فيما ذكر من الأخبار وجب حملها على إرادة العام من الجهة المعهودة

المتعارفة من وظيفته من حيث كونه رسولا مبلغا و إلا لزم تخصيص أكثر أفراد العام لعدم سلطنة الفقيه على أموال الناس و أنفسهم إلا فى موارد قليلة بالنسبة إلى موارد عدم سلطنته. و بالجملة فأقامه الدليل على وجوب إطاعة الفقيه كالإمام إلا ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد.

بقى الكلام فى ولايته على الوجه الثانى أعنى توقف تصرف الغير على إذنه

فيما كان متوقفا على إذن الإمام ع و حيث إن موارد التوقف على إذن الإمام غير مضبوطة فلا بد من ذكر ما يكون كالضابط لها فنقول كل معروف علم من الشارع إرادة وجوده فى الخارج إن علم كونه وظيفة شخص خاص كنظر الأب فى مال ولده الصغير أو صنف خاص كالإفتاء و القضاء أو كل من يقدر على القيام به كالأمر بالمعروف فلا إشكال فى شيء من ذلك و إن لم يعلم ذلك و احتمل كونه مشروطا فى جوازه أو وجوبه بنظر الفقيه وجب الرجوع فيه إليه ثم إن علم الفقيه من الأدلة جواز توليته لعدم إناطته بنظر خصوص الإمام أو نائبه الخاص تولاه مباشرة أو استنابة إن كان مما يرى الاستنابة فيه و إلا عطله فإن كونه معروفا لا ينافى إناطته بنظر الإمام ع و الحرمان عنه عند فقده كسائر البركات التى حرمنا منها بفقده عجل الله تعالى فرجه. و مرجع هذا إلى الشك فى كون المطلوب مطلق وجوده أو وجوده من موجد خاص. أما وجوب الرجوع إلى الفقيه فى الأمور المذكورة فيدل عليه مضافا إلى ما يستفاد من جعله حاكما كما فى مقبولة ابن حنظلة الظاهرة فى كونه كسائر الحكام المنصوبة فى زمان النبى ص و الصحابة فى إلزام الناس بإرجاع الأمور المذكورة إليه و الانتهاء فيها إلى نظره بل المتبادر عرفا من نصب السلطان حاكما وجوب الرجوع فى الأمور العامة المطلوبة للسلطان إليه و إلى ما تقدم من قوله ع: مجارى الأمور بيد العلماء بالله الأمناء على حلاله و حرامه التوقيع المروى فى إكمال الدين و كتاب الغيبة و احتجاج الطبرسى الوارد فى جواب مسائل إسحاق بن يعقوب التى ذكر: إنى سألت العمرى رضى الله عنه أن يوصل لى إلى الصاحب عجل الله فرجه كتابا فيه تلك المسائل التى قد أشكلت على فورد الجواب بخطه عليه آلاف التحية و السلام فى أجوبتها و فيها و أما الحوادث الواقعة فارجعوا فيها إلى رواة حديثنا فإنهم حجتى عليكم و أنا حجة الله فإن المراد بالحوادث ظاهرا مطلق الأمور التى لا بد من الرجوع فيها عرفا أو عقلا أو شرعا إلى الرئيس مثل النظر فى أموال القاصرين لغيبة أو موت أو صغر أو سفه و أما تخصيصها بخصوص المسائل الشرعية فبعيد من وجوه منها أن الظاهر وكول نفس الحادثة إليه ليباشر أمرها مباشرة أو استنابة لا الرجوع فى حكمها إليه. و منها التعليل بكونهم حجتى عليكم و أنا حجة الله فإنه إنما يناسب الأمور التى يكون المرجع فيها هو الرأى و النظر فكان هذا منصب ولاة الإمام من قبل نفسه لا أنه واجب من قبل الله سبحانه على الفقيه بعد غيبة الإمام و إلا كان المناسب أن يقول إنهم حجج الله عليكم كما وصفهم فى مقام آخر بأنهم أمناء الله على الحلال و الحرام. و منها أن وجوب الرجوع فى المسائل الشرعية إلى العلماء الذى هو من بديهيات الإسلام من السلف إلى الخلف مما لم يكن يخفى على مثل إسحاق ابن يعقوب حتى يكتبه فى عداد مسائل أشكلت عليه بخلاف وجوب الرجوع فى المصالح العامة إلى رأى أحد و نظره فإنه يحتمل أن يكون الإمام ع قد وكله فى غيبته إلى شخص أو أشخاص من ثقاته فى ذلك الزمان. و الحاصل أن الظاهر أن لفظ الحوادث ليس مختصا بما اشتبه حكمه و لا بالمنازعات ثم إن النسبة بين مثل هذا التوقيع و بين العمومات الظاهرة فى إذن الشارع فى كل معروف لكل أحد مثل قوله ع: كل معروف صدقة و قوله ع: عون الضعيف من أفضل الصدقة و أمثال ذلك و إن كانت عموما من وجه إلا أن الظاهر حكومة هذا التوقيع عليها و كونها بمنزلة المفسر الدال على وجوب الرجوع إلى الإمام ع أو نائبه فى الأمور العامة التى يفهم عرفا دخولها تحت الحوادث الواقعة و تحت عنوان الأمر فى قوله أُولِي الْأَمْرِ و على تسليم التنزل عن ذلك فالمرجع بعد تعارض العمومين إلى أصالة عدم مشروعية ذلك المعروف مع عدم وقوعه عن رأى ولى الأمر هذا لكن المسألة لا تخلو عن إشكال و إن كان الحكم به مشهورا و على أى تقدير. فقد ظهر مما ذكرنا أن ما دلت عليه هذه الأدلة هو ثبوت الولاية للفقيه فى الأمور التى تكون مشروعية إيجادها فى الخارج مفروغا عنها بحيث لو فرض عدم الفقيه كان على الناس القيام بها كفاية و أما ما يشك فى مشروعيته كالحدود

المكاسب، ج۲، ص ۱۵۵

لغير الإمام و تزويج الصغيرة لغير الأب و الجد و ولاية المعاملة على مال الغائب بالعقد عليه و فسخ العقد الخيارى عنه و غير ذلك فلا يثبت من تلك الأدلة مشروعيتها للفقيه- بل لا بد للفقيه من استنباط مشروعيتها من دليل آخر. نعم الولاية على هذه و غيرها ثابتة للإمام ع بالأدلة المتقدمة المختصة به مثل آية أَوْلى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ. و قد تقدم أن إثبات عموم نيابته للفقيه عنه ع فى هذا النحو من الولاية على الناس ليقتصر فى الخروج عنه على ما خرج بالدليل دونه خرط القتاد.

و بالجملة فهاهنا مقامان أحدهما وجوب إيكال المعروف المأذون فيه إليه لتقع خصوصياته عن نظره و رأيه كتجهيز الميت الذى لا ولى له فإنه يجب أن تقع خصوصياته من تعيين الغاسل و المغسل و تعيين شيء من تركته للكفن و تعيين المدفن عن رأى الفقيه الثانى مشروعية تصرف خاص فى نفس أو مال أو عرض و الثابت بالتوقيع و شبهه هو الأول دون الثانى و إن كان الإفتاء فى المقام الثانى بالمشروعية و عدمها أيضا من وظيفته إلا أن المقصود عدم دلالة الأدلة السابقة على المشروعية. نعم لو ثبتت أدلة النيابة عموما تم ما ذكر ثم إنه قد اشتهر فى الألسن و تداول فى بعض الكتب رواية أن السلطان ولى من لا ولى له و هذا أيضا بعد الانجبار سندا أو مضمونا تحتاج إلى أدلة عموم النيابة. و قد عرفت ما يصلح أن يكون دليلا عليه و أنه لا يخلو عن وهن فى دلالته مع قطع النظر عن السند كما اعترف به جمال المحققين فى باب الخمس بعد الاعتراف بأن المعروف بين الأصحاب كون الفقهاء نواب الإمام و يظهر ذلك من المحقق الثانى أيضا فى رسالته الموسومة بقاطع اللجاج فى مسألة جواز أخذ الفقيه أجرة أراضى الأنفال من المخالفين كما يكون ذلك للإمام ع إذا ظهر للشك فى عموم النيابة و هو فى محله. ثم إن قوله ع من لا ولى له فى المرسلة المذكورة ليس مطلق من لا ولى له بل المراد عدم الملكة يعنى أنه ولى من من شأنه أن يكون له ولى بحسب شخصه أو صنفه أو نوعه أو جنسه فيشمل الصغير الذى مات أبوه و المجنون بعد البلوغ و الغائب و الممتنع و المريض و المغمى عليه و الميت الذى لا ولى له و قاطبة المسلمين إذا كان لهم ملك كالمفتوح عنوة و الموقوف عليهم فى الأوقاف العامة و نحو ذلك لكن يستفاد منه ما لم يكن يستفاد من التوقيع المذكور و هو الإذن فى فعل كل مصلحة لهم فتثبت به مشروعية ما لم تثبت مشروعيته بالتوقيع المتقدم فيجوز له القيام بجميع مصالح الطوائف المذكورين. نعم ليس له فعل شيء لا تعود مصلحته إليهم و إن كان ظاهر الولى يوهم ذلك إذ بعد ما ذكرنا من أن المراد بمن لا ولى له من من شأنه أن يكون له ولى يراد به كونه ممن ينبغى أن يكون له من يقوم بمصالحه لا- بمعنى أنه ينبغى أن يكون عليه ولى له عليه ولاية الأخبار بحيث يكون تصرفه ماضيا عليه. و الحاصل أن الولى المنفى هو الولى للشخص لا عليه فيكون المراد بالولى المثبت ذلك أيضا فمحصله أن الله جعل الولى الذى يحتاج إليه الشخص و ينبغى أن يكون له هو السلطان فافهم.

مسألة فى ولاية عدول المؤمنين

[حدود ولاية المؤمنين

اعلم أن ما كان من قبيل ما ذكرنا فيه ولاية الفقيه و هو ما كان تصرفا مطلوب الوجود للشارع إذا كان الفقيه متعذر الوصول فالظاهر جواز توليته لا- حاد المؤمنين لأن المفروض كونه مطلوبا للشارع غير مضاف إلى شخص و اعتبار نظارة الفقيه فيه ساقط له بفرض التعدد و كونه شرطا مطلقا له لا شرطا اختياريا مخالف لفرض العلم بكونه مطلوب الوجود مع تعذر الشرط لكونه من المعروف الذى أمر بإقامته فى الشريعة. نعم لو احتمل كون مطلوبيته مختصة بالفقيه أو الإمام صح الرجوع إلى أصالة عدم المشروعية كبعض مراتب النهى عن المنكر حيث إن إطلاقاته لا تعم ما إذا بلغ حد الجرح. قال الشهيد رحمه الله فى قواعده يجوز للآحاد مع تعذر الحكام تولية آحاد التصرفات الحكمية على الأصح كدفع ضرورة اليتيم لعموم وَ تَعاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوى و قوله ص: و الله تعالى فى عون العبد ما كان العبد فى عون أخيه و قوله ص: كل معروف صدقة و هل يجوز أخذ الزكوات و الأخماس من الممتنع و تفريقها فى أربابها و كذا

بقیة وظائف الحکام غیر ما یتعلق بالدعاوی فیه وجهان وجه الجواز ما ذکرنا و لأنه لو منع من ذلک لفاتت مصالح تلک الأموال و هی مطلوبة لله تعالی. و قال بعض المتأخرین عن العلامة لا شک أن القیام بهذه المصالح أهم من ترک تلک الأموال بأیدی الظلمة یأکلونها بغیر حقها و یصرفونها إلی غیر مستحقها فإن توقع إمام یصرف ذلک فی وجهه حفظ المتمکن تلک الأموال إلی حین تمکنه من صرفها إلیه و إن یئس من ذلک کما فی هذا الزمان تعین صرفه علی الفور فی مصارفه لما فی إبقائه من التغریر و حرمان مستحقیه من تعجیل أخذه مع مسیس حاجتهم إلیه و لو ظفر بأموال مغصوبة حفظها لأربابها حتی یصل إلیهم و مع الیأس یتصدق بها عنهم و یضمن و عند العامة تصرف فی المصارف العامة انتهی. و الظاهر أن قوله فإن توقع إلی آخره من کلام الشهید رحمه الله و لقد أجاد فیما أفاد إلا أنه لم یبین وجه عدم الجواز و لعل وجهه أن مجرد کون هذه الأمور من المعروف لا ینافی اشتراطها بوجود الإمام أو نائبه کما فی قطع الدعاوی و إقامة الحدود کما فی التجارة بمال الصغیر الذی له أب و جد فإن کونها من المعروف لا ینافی وکوله إلی شخص خاص. نعم لو فرض المعروف علی وجه یستقل العقل بحسنه مطلقا کحفظ الیتیم من الهلاک الذی یعلم رجحانه علی مفسدة التصرف فی مال الغیر بغیر إذنه صح المباشرة بمقدار یندفع به الضرورة أو فرض علی وجه یفهم من دلیله جواز تصدیه لکل أحد إلا أنه خرج ما لو تمکن من الحاکم حیث دلت الأدلة علی وجوب إرجاع الأمور إلیه و هذا کتجهیز المیت و إلا فمجرد کون التصرف معروفا لا ینهض فی تقیید ما دل علی عدم ولایة أحد علی مال أحد أو نفسه و لهذا لا یلزم عقد الفضولی علی المعقود له بمجرد کونه معروفا و مصلحة و لا یفهم من أدلة المعروف ولایة للفضولی علی المعقود علیه لأن المعروف هو التصرف فی المال أو النفس علی الوجه المأذون فیه من المالک أو العقل أو الشارع من غیر جهة نفس أدلة المعروف. و بالجملة تصرف غیر الحاکم یحتاج إلی نص عقلی أو عموم شرعی أو خصوص فی مورد جزئی فافهم.

بقی الکلام فی اشتراط العدالة فی المؤمن الذی یتولی المصلحة عند فقد الحاکم

کما هو ظاهر أکثر الفتاوی حیث یعبرون بعدول المؤمنین و هو مقتضی الأصل و یمکن أن یستدل علیه ببعض الأخبار أیضا

المکاسب، ج ۲، ص ۱۵۶

ففی صحیحة محمد بن إسماعیل رجل مات من أصحابنا و لم یوص فرفع أمره إلی قاضی الکوفة فصیر عبد الحمید القیم بماله و کان الرجل خلف ورثة صغارا و متاعا و جواری فباع عبد الحمید المتاع فلما أراد بیع الجواری ضعف قلبه عن بیعهن إذ لم یکن المیت صبر إلیه وصیته و کان قیامه فیها بأمر القاضی لأنهن فروج قال فذکرت ذلک لأبی جعفر ع فقلت له یموت الرجل من أصحابنا و لا یوصی إلی أحد و یخلف جواری فیقیم القاضی رجلا منا لیبیعهن أو قال یقوم بذلک رجل منا فیضعف قلبه لأنهن فروج فما تری فی ذلک قال إذا کان القیم مثلک أو مثل عبد الحمید فلا بأس الخبر بناء علی أن المراد من المماثلة أما المماثلة فی التشیع أو فی الوثاقة و ملاحظة مصلحة الیتیم و إن لم یکن شیعیا أو فی الفقاهة بأن یکون من نواب الإمام عموما فی القضاء بین المسلمین أو فی العدالة و احتمال الثالث مناف لإطلاق المفهوم الدال علی ثبوت البأس مع عدم الفقیه و لو مع تعذره و هذا بخلاف الاحتمالات الأخر فإن البأس ثابت للفاسق أو الخائن المخالف و إن تعذر غیرهم فتعین أحدهما الدائر بینها فیجب الأخذ فی مخالفة الأصل بالأخص منها و هو العدل

[ظاهر بعض الروایات کفایة الأمانة]

لکن الظاهر من بعض الروایات کفایة الأمانة و ملاحظة مصلحة الیتیم فیکون مفسرا لاحتمال الثانی فی وجه المماثلة المذکورة فی الصحیحة. ففی صحیحة علی بن رئاب: رجل بینی و بینه قرابة مات و ترک أولادا صغارا و ترک ممالیک غلمانا و جواری و لم یوص فما تری فیمن یشتری منهم الجاریة و یتخذها أم ولد و ما تری فی بیعهم قال فقال إن کان لهم ولی یقوم بأمرهم باع علیهم و نظر لهم و کان مأجورا فیهم قلت فما تری فیمن یشتری منهم الجاریة و یتخذها أم ولد فقال لا بأس بذلک إذا باع علیهم القیم بأمرهم الناظر فیما یصلحهم فلیس لهم أن یرجعوا فیما صنع القیم لهم بأمرهم الناظر فیما یصلحهم الخبر و موثقة زرعه عن سماعة: فی رجل مات و

له بنون و بنات صغار و كبار من غير وصية و له خدم و مماليك و عقر كيف يصنع الورثة بقسمة ذلك قال إن قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس بناء على أن المراد من يوثق به و يطمأن بفعله عرفا و إن لم يكن فيه ملكه العدالة لكن فى صحيحة إسماعيل بن سعد ما يدل على اشتراط تحقق عنوان العدالة قال: سألت الرضا ع و عن الرجل يموت بغير وصية و له ولد صغار و كبار أ يحل شراء شيء من خدمه و متاعه من غير أن يتولى القاضى بيع ذلك فإن تولاه قاض قد تراضوا به و لم يستخلفه الخليفة أ يطيب الشراء منه أم لا فقال ع إذا كان الأكابر من ولده معه فى البيع فلا بأس إذا رضى الورثة بالبيع و قام عدل فى ذلك.

[رأى المؤلف فى المسألة]

هذا و الذى ينبغى أن يقال أنك قد عرفت أن ولاية غير الحاكم لا تثبت إلا فى مقام يكون عموم عقلى أو نقلى يدل على رجحان التصدى لذلك المعروف أو يكون هناك دليل خاص يدل عليه فما ورد فيه نص خاص على الولاية اتبع ذلك النص عموما أو خصوصا فقد يشمل الفاسق و قد لا يشمل. و أما ما ورد فيه العموم فالكلام فيه قد يقع فى جواز مباشرة الفاسق أو تكليفه بالنسبة إلى نفسه و أنه هل يكون مأذونا من الشرع فى المباشرة أم لا و قد يكون بالنسبة إلى ما يتعلق من فعله بفعل غيره إذا لم يعلم وقوعه على وجه المصلحة كالشراء منه مثلا- أما الأول فالظاهر جوازه و أن العدالة ليست معتبرة فى منصب المباشرة لعموم أدلة فعل ذلك المعروف و لو مثل قوله ع: عونك الضعيف من أفضل الصدقة و عموم قوله تعالى وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ و نحو ذلك. و صحيحة محمد بن إسماعيل السابقة قد عرفت أنها محمولة على صحيحة على بن رئاب المتقدمة بل موثقة زرعه و غير ذلك مما سيأتى و لو ترتب حكم الغير على الفعل الصحيح منه كما إذا صلى فاسق على ميت لا ولى له فالظاهر سقوطها عن غيره إذا علم صدور الفعل منه و شك فى صحته و لو شك فى حدوث الفعل منه و أخبر به ففى قبوله إشكال. و أما الثانى فالظاهر اشتراط العدالة فيه فلا- يجوز الشراء منه و إن ادعى كون البيع مصلحة بل يجب أخذ المال من يده و يدل عليه بعد صحيحة إسماعيل بن سعد المتقدمة بل و موثقة زرعه بناء على إرادة العدالة من الوثاقة أن عموم أدلة القيام بذلك المعروف لا يرفع اليد عنه بمجرد تصرف الفاسق فإن وجوب إصلاح مال اليتيم و مراعاة غبطته لا يرتفع عن الغير بمجرد تصرف الفاسق و لا يجدى هنا حمل فعل المسلم على الصحيح كما فى مثال الصلاة المتقدم لأن الواجب هناك هى صلاة صحيحة و قد علم صدور أصل الصلاة من الفاسق و إذا شك فى صحتها أحرزت بأصالة الصحة. و أما الحكم فيما نحن فيه فلم يحمل على التصرف الصحيح و إنما حمل على موضوع هو إصلاح المال و مراعاة الحال و الشك فى أصل تحقق ذلك فهو كما لو أخبر فاسق بأصل الصلاة مع الشك فيها. و إن شئت قلت إن شراء مال اليتيم لا- بد أن يكون ذا مصلحة له و لا- يجوز ذلك بأصالة صحة البيع من البائع كما لو شك المشترى فى بلوغ البائع فتأمل. نعم لو وجد فى يد الفاسق ثمن من مال الصغير لم يلزم الفسخ مع المشترى و أخذ الثمن من الفاسق لأن مال اليتيم الذى يجب إصلاحه و حفظه من التلف لا يعلم أنه الثمن أو المثمن و أصالة صحة المعاملة من الطرفين يحكم بالأول فتدبر

[هل يجوز مزاحمة من تصدى من المؤمنين

ثم إنه حيث ثبت جواز تصرف المؤمنين فالظاهر أنه على وجه التكليف الوجوبى أو الندبى لا على وجه النيابة من حاكم الشرع فضلا عن كونه على وجه النصب من الإمام فمجرد وضع العدل يده على مال اليتيم لا- يوجب منع الآخر و مزاحمته بالبيع و نحوه و لو نقله بعقد جائز فوجد الآخر المصلحة فى استرداده جاز الفسخ إذا كان الخيار ثابتا بأصل الشرع أو بجعلهما مع جعله لليتيم أو مطلق وليه من غير تخصيص بالعاقد و أما لو أراد بيعه من شخص و عرضه لذلك جاز لغيره بيعه من آخر مع المصلحة و إن كان فى يد الأول. و بالجملة فالظاهر أن حكم عدول المؤمنين لا يزيد عن حكم الأب و الجد- من حيث جواز التصرف لكل منهما ما لم يتصرف الآخر

[مزاحمة فقيه لفقيه آخر]

و أما حكام الشرع فهل هم كذلك فلو عين فقيه من يصلى على الميت الذى لا ولى له أو من يلى أمواله أو وضع اليد على مال يتيم فهل يجوز للآخر مزاحمته أم لا

[رأی المؤلف فی المسألة]

الذی ینبغی أن یقال إنه إن استندنا فی ولایة الفقیه إلی مثل التوقیع المتقدم جاز المزاحمة قبل وقوع التصرف اللازم لأن المخاطب بوجوب إرجاع الأمور إلی الحکام هم العوام فالنهی عن المزاحمة یختص بهم و أما الحکام فکل منهم حجة من الإمام ع فلا یجب علی واحد منهم إرجاع الأمر

المکاسب، ج۲، ص ۱۵۷

الحادث إلی الآخر فیجوز له مباشرته و إن کان الآخر دخل فیه و وضع یده علیه فحال کل منهم حال کل من الأب و الجد فی أن النافذ هو تصرف السابق و لا عبرة بدخول الآخر فی مقدمات ذلک و بنائه علی ما یغایر تصرف الآخر کما یجوز لأحد الحاکمین تصدی المرافعة قبل حکم الآخر و إن حضر المترافعان عنده و أحضر الشهود و بنی علی الحکم و أما لو استندنا فی ذلک علی عمومات النیابة و أن فعل الفقیه کفعل الإمام و نظره کنظر الذی لا یجوز التعدی عنه لا من حیث ثبوت الولایة له علی الأنفس و الأموال حتی یقال إنه قد تقدم عدم ثبوت عموم یدل علی النیابة فی ذلک بل من حیث وجوب إرجاع الأمور الحادثة إلیه المستفاد من تعلیل الرجوع فیها إلی الفقیه بکونه حجة منه ع علی الناس فالظاهر عدم جواز مزاحمة الفقیه الذی دخل فی أمر و وضع یده علیه و بنی فیه بحسب نظره علی تصرف و إن لم یفعل نفس ذلک التصرف و لأن دخوله فیه کدخول الإمام ع فدخول الثانی فیه و بناؤه علی تصرف آخر مزاحم له فهو کمزاحمة الإمام ع فأدلة النیابة عن الإمام ع لا تشمل مما کان فیه مزاحمة الإمام ع. فقد ظهر مما ذکرنا الفرق بین الحکام و بین الأب و الجد لأجل الفرق بین کون کل واحد منهم حجة و بین کون کل واحد منهم نائبا و ربما یتوهم کونهم کالوکلاء المتعددین فی أن بناء واحد منهم علی أمر مأذون فیه لا یمنع الآخر عن تصرف مغایر لما بنی علیه الأول و یندفع بأن الوکلاء إذا فرضوا وکلاء فی نفس التصرف لا فی مقدماته فما لم یتحقق التصرف من أحدهم کان الآخر مأذونا فی تصرف مغایر و إن بنی علیه الأول و دخل فیه أما إذا فرضوا وکلاء عن الشخص الواحد بحیث یکون إلزامهم کإلزامه و دخولهم فی الأمر کدخوله و فرضنا أیضا عدم دلالة دلیل وکالتهم علی الإذن فی مخالفة نفس الموکل و التعدی عما بنی هو علیه مباشرة أو استنابة کان حکمه حکم ما نحن فیه من غیر زیادة و لا نقیصة. و الوهم إنما نشأ من ملاحظة التوکیلات المتعارفة للوکلاء المتعددین المتعلقة بنفس ذی المقدمة فتأمل هذا کله مضافا إلی لزوم اختلال نظام المصالح المنوطة إلی الحکام مثل هذه الأزمان التی شاع فیها القیام بوظائف الحکام ممن یدعی الحکومة و کیف کان فقد تبین مما ذکرنا عدم جواز مزاحمة فقیه لمثله فی کل إلزام قولی أو فعلی یجب الرجوع فیه إلی الحاکم فإذا قبض مال الیتیم من شخص أو عین شخصا لقبضه أو جعله ناظرا علیه فلیس لغیره من الحکام مخالفة نظره لأن نظره کنظر الإمام. ۹۶ و أما جواز تصدی مجتهد لمرافعة تصداها مجتهد آخر قبل الحکم فیها إذا لم یعرض عنها بل بنی علی الحکم فیها فلأن وجوب الحکم فرع سؤال من له الحکم

[هل یشترط فی ولایة غیر الأب و الجد ملاحظة الغبطة للیتیم

ثم إنه هل یشترط فی ولایة غیر الأب و الجد ملاحظة الغبطة للیتیم أم لا. ذکر الشهید فی قواعده أن فیه وجهین و لکن ظاهر کثیر من کلماتهم أنه لا یصح إلا مع المصلحة بل فی مفتاح الکرامة أنه إجماعی و أن الظاهر من التذکرة فی باب الحجر کونه اتفاقیا بین المسلمین و عن شیخه فی شرح القواعد أنه ظاهر الأصحاب و قد عرفت تصریح الشیخ و الحلی بذلک حتی فی الأب و الجد. و یدل علیه بعد ما عرفت من أصالة عدم الولایة لأحد علی أحد عموم قوله تعالی وَ لا تَقْرَبُوا مالَ الْیَتِیمِ إِلَّا بِالَّتِی هِیَ أَحْسَنُ و حیث إن توضیح معنی الآیة علی ما ینبغی لم أجده فی کلام أحد من المتعرضین لبیان آیات الأحکام فلا بأس بتوضیح ذلک فی هذا المقام فنقول إن القرب فی الآیة یحتمل معانی أربعة الأول مطلق التقلیب و التحریک حتی من مکان إلی آخر فلا یشمل مثل إبقائه علی حال أو عند أحد. الثانی وضع الید علیه بعد أن کان بعیدا عنه و مجتنبا فالمعنی تجنبوا عنه و لا تقربوه إلا إذا کان القرب أحسن فلا یشمل حکم ما بعد الوضع. الثالث ما یعد تصرفا عرفا کالاقتراض و البیع و الإجارة و ما أشبه ذلک فلا یدل علی تحریم إبقائه بحاله تحت یده

إذا كان التصرف فيه أحسن منه إلا بتنقيح المناط. الرابع مطلق الأمر الاختيارى المتعلق بمال اليتيم أعم من الفعل و الترك و المعنى لا تختاروا فى مال اليتيم فعلا أو تركا إلا ما كان أحسن من غيره فيدل على حرمة الإبقاء فى الفرض المذكور لأن إبقاءه قرب له بما ليس أحسن. و أما لفظ الأحسن فى الآية فيحتمل أن يراد به ظاهره من التفضيل و يحتمل أن يراد به الحسن و على الأول فيحتمل التصرف الأحسن من تركه كما يظهر من بعض و يحتمل أن يراد به ظاهره و هو الأحسن مطلقا من تركه و من غيره من التصرفات و على الثانى فيحتمل أن يراد ما فيه مصلحة و يحتمل أن يراد به ما لا مفسدة فيه على ما قيل من أن أحد معانى الحسن ما لا حرج فى فعله ثم إن الظاهر من احتمالات القرب هو الثالث و من احتمالات الأحسن هو الاحتمال الثانى أعنى التفضيل المطلق و حينئذ فإذا فرضنا أن المصلحة اقتضت بيع مال اليتيم فبعناه بعشرة دراهم ثم فرضنا أنه لا يتفاوت لليتيم إبقاء الدراهم أو جعلها دينارا فأراد الولى جعلها دينارا فلا يجوز لأن هذا التصرف ليس أصلح من تركه و إن كان يجوز لنا من أول الأمر بيع المال بالدينار لفرض عدم التفاوت بين الدراهم و الدينار بعد تعلق المصلحة بجعل المال نقدا أما لو جعلنا الحسن بمعنى ما لا مفسدة فيه فيجوز و كذا لو جعلنا القرب من المعنى الرابع لأنا إذا فرضنا أن القرب يعم إبقاء مال اليتيم على حاله كما هو الاحتمال الرابع فيجوز التصرف المذكور إذ بعد كون الأحسن هو جعل مال اليتيم نقدا فكما أنه مخير فى الابتداء بين جعله دراهم أو دينارا لأن القدر المشترك أحسن من غيره و أحد الفردين فيه لا مزية لأحدهما على الآخر فيخير فكذلك بعد جعله دراهم إذا كان كل من إبقاء الدراهم على حالها و جعلها دينارا قربا و القدر المشترك أحسن من غيره فأحد الفردين لا مزية فيه على الآخر فهو مخير بينهما. و الحاصل أنه كلما يفرض التخيير بين تصرفين فى الابتداء لكون القدر المشترك بينهما حسنا و عدم مزية لأحد الفردين تحقق التخيير لأجل ذلك استدامة فيجوز العدول عن أحدهما بعد فعله إلى الآخر إذا كان العدول مساويا للبقاء بالنسبة إلى مال اليتيم و إن كان فيه نفع يعود إلى المتصرف لكن الإنصاف أن المعنى الرابع للقرب مرجوح فى نظر العرف بالنسبة إلى المعنى الثالث و إن كان الذى يقتضيه التدبر فى غرض الشارع و مقصوده من مثل هذا الكلام أن لا يختاروا فى أمر مال اليتيم إلا ما كان أحسن من غيره

[ظاهر بعض الروايات كفاية عدم المفسدة]

. نعم ربما يظهر من بعض الروايات أن مناط حرمة التصرف هو الضرر لا أن مناط الجواز هو النفع. ففى حسنة الكاهلى قال: لأبى عبد الله ع إنا ندخل على أخ لنا فى بيت أيتام و معهم خادم لهم فنقعد على بساطهم و نشرب من مائهم

المكاسب، ج۲، ص ۱۵۸

و يخدمنا خادمهم و ربما طعمنا فيه الطعام من عند صاحبنا و فيه من طعامهم فما ترى فى ذلك قال إن كان فى دخولكم عليهم منفعة لهم فلا بأس و إن كان فيه ضرر فلا [الحديث بناء على أن المراد من منفعة الدخول ما يوازى عوض ما يتصرفون من مال اليتيم عند دخولهم فيكون المراد بالضرر فى الذيل أن لا يصل إلى الأيتام ما يوازى ذلك فلا تنافى بين الصدر و الذيل على ما زعمه بعض المعاصرين من أن الصدر دال على إناطة الجواز بالنفع و الذيل دال على إناطة الحرمة بالضرر فيتعارضان فى مورد يكون التصرف غير نافع و لا مضر و هذا منه مبنى على أن المراد بمنفعة الدخول النفع الملحوظ بعد وصول ما بإزاء مال اليتيم إليه بمعنى أن تكون المنفعة فى معاوضة ما يتصرف من مال اليتيم بما يتوصل إليهم من ماله كأن يشرب ماء فيعطى فلسا بإزائه و هكذا و أنت خبير بأنه لا ظهور للرواية حتى يحصل التنافى. و فى رواية ابن المغيرة: قلت لأبى عبد الله ع إن لى ابنة أخ يتيمة فربما أهدى لها الشىء فأكل منه ثم أطعمها بعد ذلك الشىء من مالى فأقول يا رب هذا بهذا فقال لا بأس فإن ترك الاستفصال عن مساواة العوض و زيادته يدل على عدم اعتبار الزيادة إلا أن يحمل على الغالب من كون التصرف فى الطعام المهدى إليها و إعطاء العوض بعد ذلك أصلح إذ الظاهر من الطعام المهدى إليها هو المطبوخ و شبهه

و هل يجب مراعاة الأصلح أم لا

وجهان.

قال الشهيد رحمه الله في القواعد هل يجب على الولي مراعاة المصلحة في مال المولى عليه أو يكفي نفي المفسدة يحتمل الأول لأنه منصوب لها و لأصالة بقاء الملك على حاله و لأن النقل و الانتقال لا بد لهما من غاية و العدميات لا تكاد تقع غاية و على هذا هل يتحرى الأصلح أم يكتفي بمطلق المصلحة فيه وجهان. نعم لمثل ما قلناه لا لأن ذلك لا يتناهى- و على كل تقدير لو ظهر في الحال الأصلح و المصلحة لم يجز العدول عن الأصلح و يترتب على ذلك أخذ الولي بالشفعة للمولى عليه حيث لا مصلحة و لا مفسدة و تزويج المجنون حيث لا مفسدة و غير ذلك انتهى. و الظاهر أن فعل الأصلح في مقابل ترك التصرف رأسا غير لازم لعدم الدليل عليه فلو كان مال اليتيم موضوعا عنده و كان الاتجار به أصلح منه لا يجب إلا إذا قلنا بالمعنى الرابع من معاني القرب في الآية بأن يراد لا تختاروا في مال اليتيم أمرا من الأفعال أو التروك إلا أن يكون أحسن من غيره و قد عرفت الإشكال في استفادة هذا المعنى بل الظاهر التصرفات الوجودية فهي المنهي عن جميعها لا ما كان أحسن من غيره و من الترك فلا يشمل ما إذا كان فعل أحسن من الترك. نعم ثبت بدليل خارج حرمة الترك إذا كان فيه مفسدة و أما إذا كان في الترك مفسدة و دار الأمر بين أفعال بعضها أصلح من بعض فظاهر الآية عدم جواز العدول عنه- بل ربما يعد العدول في بعض المقامات إفسادا كما إذا اشترى في موضع بعشرة و في موضع آخر قريب منه بعشرين فإنه يعد بيعه في الأول إفسادا للمال و لو ارتكبه عاقل عد سفيها ليست فيه ملكه إصلاح المال و هذا هو الذي أراده الشهيد بقوله و لو ظهر في الحال. نعم قد لا- يعد العدول من السفاهة كما لو كان بيعه مصلحة أو كان بيعه في بلد آخر مع إعطاء الأجرة منه أن ينقله إليه و العلم بعدم الخسارة فإنه قد لا يعد ذلك سفاهة لكن ظاهر الآية وجوبه.

مسألة يشترط في من ينتقل إليه العبد المسلم ثمنا أو مثمنا أن يكون مسلما

اشارة

فلا يصح نقله إلى الكافر عند أكثر علمائنا كما في التذكرة بل عن الغنية عليه الإجماع خلافا للمحكي في التذكرة عن بعض علمائنا و سيأتي عبارة الإسكافي في المصحف.

[الاستدلال على عدم الصحة]

و استدل للمشهور تارة بأن الكافر يمنع من استدامته لأنه لو ملكه قهرا بإرث أو أسلم في ملكه بيع عليه فيمنع من ابتدائه كالنكاح و أخرى بأن الاسترقاق سبيل على المؤمن فينتفي بقوله تعالى وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا. و بالنبوي المرسل في كتب أصحابنا المنجبر بعملهم و استدلالهم به في موارد متعددة حتى في عدم جواز علو بناء الكافر على بناء المسلم بل عدم جواز مساواته و هو قوله ص: الإسلام يعلو و لا يعلى عليه. و من المعلوم أن ما نحن فيه أولى بالاستدلال عليه به لكن الإنصاف أنه لو أغمض النظر عن دعوى الإجماع المعتضدة بالشهرة و اشتهار التمسك بالآية حتى أسند في كنز العرفان إلى الفقهاء و في غيره إلى أصحابنا لم يكن ما ذكروه من الأدلة خاليا عن الإشكال في الدلالة. أما حكاية قياس الابتداء على الاستدامة فغاية توجيهه أن المستفاد من منع الشارع عن استدامته عدم رضاه بأصل وجوده حدوثا و بقاء من غير مدخلية لخصوص البقاء كما لو أمر المولى بإخراج أحد من الدار أو بإزالة النجاسة عن المسجد فإنه يفهم من ذلك عدم جواز الإدخال لكن يرد عليه أن هذا إنما يقتضي عدم كون الرضا بالحدوث على نهج عدم الرضا بالبقاء. و من المعلوم أن عدم رضاه بالبقاء مجرد تكليف بعدم إبقائه و بإخراجه عن ملكه و ليس معناه عدم إمضاء الشارع بقاءه حتى يكون العبد المسلم خارجا بنفسه شرعا عن ملك الكافر فيكون عدم رضاه بالإدخال على هذا الوجه فلا يدل على عدم إمضائه لدخوله في ملكه ليثبت بذلك الفساد. و الحاصل أن دلالة النهي عن الإدخال في الملك تابعة لدلالة النهي عن الإبقاء في الدلالة على إمضاء الشارع لآثار المنهي عنه و عدمه و المفروض انتفاء الدلالة في المتبوع. و مما ذكرنا يندفع التمسك للمطلب بالنص

الوارد فی عبد کافر أسلم فقال أمیر المؤمنین ع: اذهبوا فبیعوه من المسلمین و ادفعوا ثمنه إلی صاحبه و لا تقروه عنده بناء علی أن تخصیص البیع بالمسلمین فی مقام البیان و الاحتراز یدل علی المنع من بیعه من الکافر فیفسد. توضیح الاندفاع أن التخصیص بالمسلمین إنما هو من جهة أن الداعی علی الأمر بالبیع هی إزالة ملک الکافر و النهی عن إبقائه عنده و هی لا تحصل بنقله إلی کافر آخر فلیس تخصیص المأمور به لاختصاص مورد الصحة به بل لأن الغرض من الأمر لا یحصل إلا به فافهم. و أما الآیة فباب الخدشة فیها واسع تارة من جهة دلالتها فی نفسها و لو بقرینة سیاقها الآبی عن التخصیص فلا بد من حملها علی معنی لا یتحقق فیه تخصیص أو بقرینة ما قبلها الدالة علی إرادة نفی الجعل فی الآخرة. و أخری من حیث تفسیرها فی بعض الأخبار بنفی الحجة للکفار علی المؤمنین و هو ما روی فی العیون عن أبی الحسن ع ردا علی من زعم أن المراد بها

المکاسب، ج۲، ص ۱۵۹

نفی تقدیر الله سبحانه بمقتضی الأسباب العادیة تسلط الکفار علی المؤمنین حتی أنکروا لهذا المعنی الفاسد الذی لا یتوهمه ذو مسکة أن الحسین بن علی ع لم یقتل بل شبه لهم و رفع کعیسی علی نبینا و آله و علیهم السلام و تعمیم الحجة علی معنی یشمل الملکیة و تعمیم الجعل علی وجه یشمل الاحتجاج و الاستیلاء لا یخلو عن تکلف. و ثالثة من حیث تعارض عموم الآیة مع عموم ما دل علی صحة البیع و وجوب الوفاء بالعقود و حل أکل المال بالتجارة و تسلط الناس علی أموالهم و حکومة الآیة علیها غیر معلومة و إباء سیاق الآیة عن التخصیص مع وجوب الالتزام به فی طرف الاستدامة و فی کثیر من الفروع فی الابتداء یقرب تفسیر السبیل بما لا یشمل الملکیة بأن یراد من السبیل السلطنة فیحکم بتحقق الملک و عدم تحقق السلطنة بل یکون محجورا علیه مجبورا علی بیعه و هذا و إن اقتضی التقیید فی إطلاق ما دل علی استقلال الناس فی أموالهم و عدم حجرهم بها لکنه مع ملاحظة وقوع مثله کثیرا فی موارد الحجر علی المالک أهون من ارتکاب التخصیص فی الآیة المسوقة لبیان أن الجعل شیء لم یکن و لن یکون و إن نفی الجعل ناش عن احترام المؤمن الذی لا یقید بحال دون حال هذا مضافا إلی أن استصحاب الصحة فی بعض المقامات- یقتضی الصحة کما إذا کان الکفر مسبوقا بالإسلام بناء علی شمول الحکم لمن کفر عن الإسلام أو کان العبد مسبوقا بالکفر فیثبت فی غیره بعدم الفصل و لا یعارضه أصالة الفساد فی غیر هذه الموارد لأن استصحاب الصحة مقدم علیها فتأمل

[تملیک منافع المسلم من الکافر]

ثم إن الظاهر أنه لا فرق بین البیع و أنواع التملیکات کالهبة و الوصیة. و أما تملیک المنافع ففی الجواز مطلقا کما یظهر من التذکرة و مقرب النهایة بل ظاهر المحکی عن الخلاف أو مع وقوع الإجارة علی الذمة کما عن الحواشی و جامع المقاصد و المسالک أو مع کون المسلم الأجیر حرا کما عن ظاهر الدروس أو المنع مطلقا کما هو ظاهر القواعد و محکی الإیضاح أقوال أظهرها الثانی فإنه کالدین لیس ذلک سبیلا فیجوز. و لا فرق بین الحر و العبد کما هو ظاهر إطلاق کثیر کالتذکرة و حواشی الشهید و جامع المقاصد بل ظاهر المحکی عن الخلاف نفی الخلاف فیه حیث قال فیه إذا استأجر کافر مسلما بعمل فی الذمة صح بلا خلاف و إذا استأجره مدة من الزمان شهرا أو سنة لیعمل عملا صح أیضا عندنا انتهی. و ادعی فی الإیضاح أنه لم ینقل من الأمة فرق بین الدین و بین الثابت فی الذمة بالاستیجار خلافا للقواعد و ظاهر الإیضاح فالمنع مطلقا لکونه سبیلا و ظاهر الدروس التفصیل بین العبد و الحر فیجوز فی الثانی دون الأول حیث ذکر بعد أن منع إجارة العبد المسلم للکافر مطلقا قال و جوزها الفاضل و الظاهر أنه أراد إجازة الحر المسلم انتهی. و فیه نظر لأن ظاهر الفاضل فی التذکرة جواز إجارة العبد المسلم مطلقا و لو کانت علی العین. نعم یمکن توجیه الفرق بأن ید المستأجر علی الملک- الذی ملک منفعته بخلاف الحر فإنه لا تثبت للمستأجر ید علیه و لا علی منفعته خصوصا لو قلنا بأن إجارة الحر تملیک الانتفاع لا المنفعة فتأمل

و أما الارتهان عند الكافر

ففى جوازه مطلقا كما عن ظاهر نهاية الأحكام أو المنع كما فى القواعد و الإيضاح أو التفصيل بين ما لم يكن تحت يد الكافر كما إذا وضعناه عند مسلم كما عن ظاهر المبسوط و القواعد و الإيضاح فى كتاب الرهن و الدروس و جامع المقاصد و المسالك أو التردد كما فى التذكرة وجوه أقواها الثالث لأن استحقاق الكافر لكون المسلم فى يده سبيل بخلاف استحقاقه لأخذ حقه من ثمنه

و أما إعارته من كافر

فلا يبعد المنع وفاقا لعارية القواعد و جامع المقاصد و المسالك بل عن حواشى الشهيد رحمه الله أن الإعارة و الإيداع أقوى منعا من الارتهان و هو حسن فى العارية لأنها تسليط على الانتفاع فيكون سبيلا و علوا و محل نظر فى الوديعة لأن التسليط على الحفظ و جعل نظره إليه مشترك بين الرهن و الوديعة مع زيادة فى الرهن التى قيل من أجلها بالمنع و هى التسلط على منع المالك عن التصرف فيه إلا بإذنه و تسلطه على إلزام المالك ببيعه. و قد صرح فى التذكرة بالجواز فى كليهما. و مما ذكرنا يظهر عدم صحة وقف الكافر عبده المسلم على أهل ملته

[المقصود من الكافر]

ثم إن الظاهر من الكافر كل من حكم بنجاسته و لو انتحل الإسلام كالنواصب و الغلاة و المرتد غاية الأمر عدم وجود هذه الأفراد فى زمان نزول الآية و لذا استدل الحنفية بالآية على ما حكى عنهم بحصول البينونة بارتداد الزوج و هل يلحق بذلك أطفال الكفار فيه إشكال و يعم المسلم المخالف لأنه مسلم فيعلو و لا يعلى عليه و المؤمن فى زمان نزول آية نفى السبيل لم يرد به إلا المقر بالشهادتين و نفيه عن الأعراب الذين قالوا آمنا بقوله تعالى وَ لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمانُ فِي قُلُوبِكُمْ إنما كان لعدم اعتقادهم بما أقروا به فالمراد بالإسلام هنا أن يسلم نفسه لله و رسوله فى الظاهر لا الباطن بل قوله تعالى وَ لَمَّا يَدْخُلِ الْإِيمانُ فِي قُلُوبِكُمْ دل على أن ما جرى على ألسنتهم من الإقرار بالشهادتين كان إيمانا فى خارج القلب. و الحاصل أن الإسلام و الإيمان فى زمان الآية كانا بمعنى واحد و أما ما دل على كفر المخالف بواسطة إنكار الولاية فهو لا يقاوم بظاهره لما دل على جريان جميع أحكام الإسلام عليهم من التناكح و التوارث و حقن الدماء و عصمة الأموال و أن الإسلام ما عليه جمهور الناس. ففى رواية حمران بن أعين قال: سمعت أبا جعفر ع يقول الإيمان ما استقر فى القلب و أفضى به إلى الله عز و جل و صدقه العمل بالطاعة لله و التسليم لأمره و الإسلام ما ظهر من قول أو فعل و هو الذى عليه جماعة الناس من الفرق كلها و به حقنت الدماء و عليه جرت المواريث و جاز النكاح و اجتمعوا على الصلاة و الزكاة و الصوم و الحج فخرجوا بذلك من الكفر و أضيفوا إلى الإيمان إلى أن قال فهل للمؤمن فضل على المسلم فى شىء من الفضائل و الأحكام و الحدود و غير ذلك قال لا بل هما يجريان فى ذلك مجرى واحد و لكن للمؤمن فضل على المسلم فى إعمالهما و ما يتقربان به إلى الله عز و جل.

[بيع العبد المؤمن من المخالف]

و من جميع ما ذكرنا ظهر أنه لا بأس ببيع المسلم من المخالف و لو كان جارية إلا إذا قلنا بحرمة تزويج المؤمنة من المخالف لأخبار دلت على ذلك فإن فحواها يدل على المنع من بيع الجارية المؤمنة لكن الأقوى عدم التحريم

ثم إنه قد استثنى من عدم جواز تملك الكافر للعبد المسلم مواضع

منها ما إذا كان الشراء مستعقبا للانعتاق

بأن يكون ممن ينعتق على الكافر قهرا واقعا كالأقارب أو ظاهرا كمن أقر بحرية مسلم ثم اشتراه أو بأن يقول الكافر للمسلم أعتق عبدك عنى بكذا فأعتقه. ذكر ذلك العلامة فى التذكرة و تبعه جامع المقاصد و المسالك و الوجه فى الأول واضح وفاقا للمحكى عن الفقيه و النهاية و السرائر مدعيا عليه الإجماع و المتأخرين كافة فإن مجرد الملكية غير المستقرة لا يعد سبيلا بل لم تعتبر الملكية إلا مقدمة للانعتاق خلافا للمحكى عن المبسوط

المكاسب، ج۲، ص ۱۶۰

و القاضى فمعناه لأن الكافر لا يملك حتى ينعتق لأن التملك بمجرده سبيل و السيادة علو إلا أن الإنصاف أن السلطنة غير متحققة فى الخارج و مجرد الإقدام على شرائه لينعتق منه من الكافر على المسلم لكنها غير منفية. و أما الثانى فيشكل بالعلم بفساد البيع على تقديرى الصدق و الكذب لثبوت الخلل أما فى المبيع لكونه حرا أو فى المشترى لكونه كافرا فلا تتصور صورة صحيحة لشراء من أقر بانعتاقه إلا أن تمنع اعتبار مثل هذا العلم الإجمالى فتأمل. و أما الثالث فالمحكى عن المبسوط و الخلاف التصريح بالمنع لما ذكر فى الأول.

و منها ما لو اشترط البائع عتقه

فإن الجواز هنا محكى عن الدروس و الروضة و فيه نظر فإن ملكيته قبل الإعتاق سبيل و علو بل التحقيق أنه لا فرق بين هذا و بين إجباره على بيعه فى عدم انتفاء السبيل بمجرد ذلك. و الحاصل أن السبيل فيه ثلاثة احتمالات كما عن حواشى الشهيد مجرد الملك و يترتب عليه عدم استثناء ما عدا صورة الإقرار بالحرية و بالملك المستقر و لو بالقابلية كشروط العتق و يترتب عليه عدم استثناء ما عدا صورة اشتراط العتق و المستقر فعلا و يترتب عليه استثناء الجميع و خير الأمور أوسطها

[حكم تملك الكافر للمسلم قهرا]

ثم إن ما ذكرنا كله حكم ابتداء تملك الكافر المسلم اختيارا. أما التملك القهرى فيجوز ابتداء كما لو ورثه الكافر من كافر- أجبر على البيع فمات قبله- فإنه لا- ينعتق عليه و لا على الكافر الميت لأصالة بقاء رقيته بعد تعارض دليل نفى السبيل و عموم أدلة الإرث لكن لا- يثبت بها أصل تملك الكافر فيحتمل أن ينتقل إلى الإمام ع بل هو مقتضى الجمع بين الأدلة ضرورة أنه إذا نفى إرث الكافر بآية نفى السبيل كان الميت بالنسبة إلى هذا المال ممن لا وارث له فيرثه الإمام ع و بهذا التقرير يندفع ما يقال إن إرث الإمام مناف لعموم أدلة ترتيب طبقات الإرث. توضيح الاندفاع أنه إذا كان مقتضى نفى السبيل عدم إرث الكافر فيتحقق نفى الوارث الذى هو مورد إرث الإمام ع فإن الممنوع من الإرث لغير الوارث. فالعمدة فى المسألة ظهور الاتفاق المدعى صريحا فى جامع المقاصد ثم هل يلحق بالإرث كل ملك قهرى أو لا يلحق أو يفرق بين ما كان سببه اختياريا أو غيره وجوه خيرها أوسطها ثم أخيرها

[عدم استقرار المسلم على ملك الكافر و وجوب بيعه عليه

ثم إنه لا إشكال و لا خلاف فى أنه لا يقر المسلم على ملك الكافر بل يجب بيعه عليه: لقوله ع فى عبد كافر أسلم اذهبوا فبيعوه من

المسلمين و ادفعوا إليه ثمنه و لا تقروه عنده. و منه يعلم أنه لو لم يبعه باعه الحاكم و يحتمل أن يكون ولاية البيع للحاكم مطلقا- لكون المالك غير قابل للسلطنة على هذا المال غاية الأمر أنه دل النص و الفتوى على تملكه له و لذا ذكر فيها أنه يباع عليه بل صرح فخر الدين رحمه الله في الإيضاح بزوال ملك السيد عنه و يبقى له حق استيفاء الثمن منه و هو مخالف لظاهر النص و الفتوى كما عرفت و كيف كان فإذا تولاه المالك بنفسه- فالظاهر أنه لا خيار له و لا عليه- وفاقا للمحكي في الحواشي في خيار المجلس و الشرط لأنه إحداث ملك فينتفي لعموم نفي السبيل لتقديمه على أدلة الخيار كما يقدم على أدلة البيع و يمكن أن يبتني على أن الزائل العائد كالذي لم يزل أو كالذي لم يعد. فإن قلنا بالأول ثبت الخيار و لأن فسخ العقد يجعل الملكية السابقة كأن لم تزل و قد أمضاها الشارع و أمر بإزالتها بخلاف ما لو كانت الملكية الحاصلة غير السابقة فإن الشارع لم يمضها لكن هذا المبنى ليس بشيء لوجوب الاقتصار في تخصيص نفي السبيل على المتيقن نعم يحكم بالأرش لو كان العبد أو ثمنه معيبا و يشكل في الخيارات الناشئة عن الضرر من جهة قوة أدلة نفي الضرر فلا يبعد الحكم بثبوت الخيار للمسلم المتضرر من لزوم البيع بخلاف ما لو تضرر الكافر فإن هذا الضرر إنما حصل من كفره الموجب لعدم قابلية تملك المسلم إلا فيما خرج بالنص. و يظهر مما ذكرنا حكم الرجوع في العقد الجائز كالهبة و خالف في ذلك كله جامع المقاصد فحكم بثبوت الخيار و الرد بالعيب تبعا للدروس قال لأن العقد لا يخرج عن مقتضاه بكون المبيع عبدا مسلما لكافر لانتفاء المقتضي لأن نفي السبيل لو اقتضى ذلك لاقتضى خروجه عن ملكه فعلى هذا لو كان المبيع معاطاة فهي على حكمها و لو أخرجه عن ملكه بالهبة جرت فيه أحكامها. نعم لا يبعد أن يقال للحاكم إلزامه بإسقاط نحو خيار المجلس أو مطالبته بسبب ناقل يمنع الرجوع و لم يلزم منه تخسير للمال انتهى. و فيما ذكره نظر لأن نفي السبيل لا يخرج منه إلا الملك الابتدائي و خروجه لا يستلزم خروج عود الملك إليه بالفسخ. و استلزام البيع للخيارات ليس عقليا بل تابع لدليله الذي هو أضعف من دليل صحة العقد الذي خص بنفي السبيل فهذا أولى بالتخصيص به مع أنه على تقدير المقاومة يرجع إلى أصالة الملك و عدم زواله بالفسخ و الرجوع فتأمل. و أما ما ذكره أخيرا بقوله لا يبعد ففيه أن إلزامه بما ذكر ليس بأولى من الحكم بعدم جواز الرجوع فيكون خروج المسلم من ملك الكافر إلى ملك المسلم بمنزلة التصرف المانع من الفسخ و الرجوع. و مما ذكرنا يظهر أن ما ذكره في القواعد من قوله رحمه الله و لو باعه لمسلم بثوب ثم وجد في الثمن عيبا جاز رد الثمن و هل يسترد العبد أو القيمة فيه نظر ينشأ من كون الاسترداد تملكا للمسلم اختيارا و من كون الرد بالعيب موضوعا على القهر كالإرث انتهى محل تأمل إلا أن يقال إن مقتضى الجمع بين أدلة الخيار و نفي السبيل ثبوت الخيار و الحكم بالقيمة فيكون نفي السبيل مانعا شرعيا من استرداد المثمن كنقل المبيع في زمن الخيار و كالتلف الذي هو مانع عقلي و هو حسن إن لم يحصل السبيل بمجرد استحقاق الكافر للمسلم المنكشف باستحقاق بدله و لذا حكموا بسقوط الخيار في من ينعتق على المشتري فتأمل.

مسألة المشهور عدم جواز نقل المصحف إلى الكافر

ذكره الشيخ و المحقق في الجهاد و العلامة في كتبه و جمهور من تأخر عنه. و عن الإسكافي أنه قال و لا اختار أن يرهن الكافر مصحفا أو ما يجب على المسلم تعظيمه و لا صغيرا من الأطفال انتهى. و استدلوا عليه بوجوب احترام المصحف و فحوى المنع من بيع العبد المسلم من الكافر و ما ذكره حسن و إن كان وجهه لا يخلو عن تأمل أو منع. و في إلحاق الأحاديث النبوية بالمصحف كما صرح به في المبسوط أو الكراهة كما هو صريح الشرائع و نسبه الصيمري إلى المشهور قولان تردد بينهما العلامة في التذكرة و لا يبعد أن تكون الأحاديث المنسوبة إلى النبي ص من طرق الآحاد حكمها حكم ما علم صدوره منه ص و إن كان ظاهر ما ألحقوه بالمصحف هو أقوال النبي المعلوم

المكاسب، ج۲، ص ۱۶۱

كان فحكم أحاديث الأئمة ص حكم أحاديث النبي ص

القول فی شرائط العوضین

یشترط فی کل منهما کونه متمولا

اشارة

لأن البیع لغة مبادلة مال بمال

و قد احترزوا بهذا الشرط عما لا ینتفع به منفعة مقصودة للعقلاء محللة فی الشرع

لأن الأول لیس بمال عرفا کالخنافس و الدیدان فإنه یصح عرفا سلب المصرف لها و نفی الفائدة عنها و الثانی لیس بمال شرعا کالخمر و الخنزیر ثم قسموا عدم الانتفاع إلی ما یستند إلی خسة الشیء کالحشرات و إلی ما یستند إلی قلته کحبة حنطة و ذکروا أنه لیس مالا و إن کان یصدق علیه الملک و لذا یحرم غصبه إجماعا. و عن التذکرة أنه لو تلف لم یضمن أصلا و اعترضه غیر واحد ممن تأخر عنه بوجوب رد المثل. و الأولی أن یقال إن ما تحقق أنه لیس بمال عرفا فلا إشکال و لا خلاف فی عدم جواز وقوعه أحد العوضین إذ لا بیع إلا فی ملک و ما لم یتحقق فیه ذلک فإن کان أکل المال فی مقابله أکلا بالباطل عرفا فالظاهر فساد المعاملة و ما لم یتحقق فیه ذلک فإن ثبت دلیل من نص أو إجماع علی عدم جواز بیعه فهو و إلا فلا یخفی وجوب الرجوع إلی عمومات صحة البیع و التجارة. و خصوص قوله ع فی المروی عن تحف العقول: و کل شیء یکون لهم فیه الصلاح من جهة من الجهات فکل ذلک حلال بیعه إلی آخر الروایة و قد تقدمت فی أول الکتاب

ثم إنهم احترزوا باعتبار الملکیة فی العوضین عن بیع ما یشترک فیه الناس

کالماء و الکلاء و السماک و الوحوش قبل اصطیادها بکون هذه کلها غیر مملوکة بالفعل

و احترزوا أیضا به عن الأرض المفتوحة عنوة

و وجه الاحتراز عنها أنها غیر مملوکة لملاکها علی نحو سائر الأملاک بحیث یکون لکل منهم جزء معین من عین الأرض و إن قل و لذا لا- تورث بل و لا- من قبیل الوقف الخاص علی معینین لعدم تملکهم للمنفعة مشاعا و لا- کالوقف علی غیر معینین کالعلماء و المؤمنین و لا- من قبیل تملک الفقراء الزکاة و السادة الخمس بمعنی کونهم مصارف له لعدم تملکهم منافعه بالقبض لأن مصرفه منحصر فی مصالح المسلمین فلا یجوز تقسیمه علیهم من دون ملاحظة مصالحهم فهذه الملکیة نحو مستقل من الملکیة قد دل علیها الدلیل و معناها صرف حاصل الملک فی مصالح الملاک ثم إن کون هذه الأرض للمسلمین مما ادعی علیه الإجماع و دل علیه النص کمرسلة حماد الطویلة و غیرها.

[أقسام الأرضین و أحکامها]

اشارة

و حیث جری فی الکلام ذکر بعض أقسام الأرضین فلا بأس بالإشارة إجمالا إلی جمیع أقسام الأرضین و أحکامها فنقول و من الله الاستعانة الأرض إما موات و إما عامرة- و کل منهما إما أن یکون کذلک أصلیة أو عرض لها ذلک فالأقسام أربعة لا خامس لها

الأول ما یکون مواتا بالأصالة بأن لم تکن مسبوقة بالعمارة

و لا إشکال و لا خلاف منافی کونها للإمام ع و الإجماع علیه محکی عن الخلاف و الغنیة و جامع المقاصد و المسالک و ظاهر جماعة أخری و النصوص بذلک مستفیضة بل قیل إنها متواترة و هی من الأنفال. نعم أبیح التصرف فیها بالإحیاء بلا عوض و علیه یحمل ما فی النبویین: موتان الأرض لله و لرسوله ص ثم هی لکم منی أیها المسلمون و نحوه الآخر: عادی الأرض لله و لرسوله ثم هی لکم منی. و ربما یکون فی بعض الأخبار وجوب أداء خراجه إلی الإمام ع کما فی صحیحة الکابلی قال: وجدنا فی کتاب علی ع إِنَّ الْأَرْضَ لِلَّهِ یُورِثُها مَنْ یَشاءُ مِنْ عِبادِهِ وَ الْعاقِبَةُ لِلْمُتَّقِینَ أنا و أهل بیتی الذین أورثنا الله الأرض و نحن المتقون و الأرض کلها لنا فمن أحیا أرضا من المسلمین فلیعمرها و لیؤد خراجها إلی الإمام من أهل بیتی و له ما أکل منها الخبر و مصححة عمر بن زید: أنه سأل رجل أبا عبد الله ع عن رجل أخذ أرضا مواتا ترکها أهلها فعمرها و أجری أنهارها و بنی فیها بیوتا و غرس فیها نخلا و شجرا فقال أبو عبد الله ع کان أمیر المؤمنین ع یقول من أحیا أرضا من المؤمنین فهی له و علیه طسقها یؤدیه إلی الإمام ع فی حال الهدنة فإذا ظهر القائم عجل الله تعالی فرجه فلیوطن نفسه علی أن تؤخذ منه و یمکن حملها علی بیان الاستحقاق و وجوب إیصال الطسق إذا طلب الإمام ع لکن الأئمة ع بعد أمیر المؤمنین ص حللوا لشیعتهم و أسقطوا ذلک عنهم کما یدل علیه قوله ع: ما کان لنا فهو لشیعتنا و قوله ع فی روایة مسمع بن عبد الملک: کل ما کان فی أیدی شیعتنا من الأرض فهم فیه محللون و محلل لهم ذلک إلی أن یقوم قائمنا فیجبیهم طسق ما کان فی أیدیهم و یترک الأرض فی أیدیهم و أما ما کان أیدی سواهم فإن کسبهم من الأرض حرام علیهم حتی یقوم قائمنا فیأخذ الأرض من أیدیهم و یخرجهم منها صغره الخبر. نعم ذکر فی التذکرة أنه لو تصرف فی الموات أحد بغیر إذن الإمام کان علیه طسقها و یحتمل حمل هذه الأخبار المذکورة علی حال الحضور و إلا فالظاهر عدم الخلاف فی عدم وجوب مال للإمام فی الأراضی فی حال الغیبة بل الأخبار متفقة علی أنها لمن أحیاها و ستأتی حکایة إجماع المسلمین علی صیرورتها ملکا بالإحیاء.

الثانی ما کانت عامرة بالأصالة

أی لا من معمر و الظاهر أنه أیضا للإمام ع و کونها من الأنفال و هو ظاهر إطلاق قولهم و کل أرض لم یجر علیها ملک مسلم فهو للإمام ع و عن التذکرة الإجماع علیه و فی غیرها نفی الخلاف عنه لموثقة أبان بن عثمان عن إسحاق بن عمار المحکیة عن تفسیر علی ابن إبراهیم عن الصادق ع حیث عد من الأنفال کل أرض لا رب لها و نحوها المحکی عن تفسیر العیاشی عن أبی بصیر عن أبی جعفر ع. و لا یخصص عموم ذلک بخصوص بعض الأخبار حیث جعل فیها من الأنفال کل أرض میتة لا رب لها بناء علی ثبوت المفهوم للوصف المسوق للاحتراز لأن الظاهر ورود الوصف مورد الغالب لأن الغالب فی الأرض التی لا مالک لها کونها مواتا و هل تملک هذه بالحیازة وجهان من کونها مال الإمام و من عدم منافاته للتملک بالحیازة کما تملک الموات بالإحیاء مع کونها مال الإمام فدخل فی عموم النبوی: من سبق إلی ما لم یسبقه إلیه مسلم فهو أحق به.

الثالث ما عرضت له الحیاة بعد الموت

و هو ملك للمحيي فيصير ملكا له بالشروط المذكورة في باب الإحياء بإجماع الأمة كما عن المهذب و بإجماع المسلمين كما عن التنقيح و عليه عامة فقهاء الأمصار كما عن التذكرة لكن يبالي من المبسوط كلام يشعر بأنه يملك التصرف لا نفس الرقبة فلا بد من الملاحظة.

الرابع ما عرض له الموت بعد العمارة

فإن كانت العمارة أصلية فهي مال الإمام ع و إن كانت العمارة من معمر ففي بقائها على ملك معمرها أو خروجها

المكاسب، ج۲، ص ۱۶۲

عنه و صيرورتها ملكا لمن عمرها ثانيا خلاف معروف في كتاب إحياء الموات منشأه اختلاف الأخبار.

ثم القسم الثالث إما أن تكون العمارة فيه من المسلمين أو من الكفار فإن كانت من المسلمين فملكهم لا يزول إلا بناقل أو بطروء الخراب على أحد القولين و إن كانت من الكفار فكذلك إن كانت في دار الإسلام و قلنا بعدم اعتبار الإسلام و إن اعتبرنا الإسلام كانت باقية على ملك الإمام ع و إن كانت في دار الكفر فملكها يزول بما يزول به ملك المسلم و بالاغتنام كسائر أموالهم. ثم ما ملكه الكفار من الأرض إما أن يسلم عليه طوعا- فيبقى على ملكه كسائر أملاكه و إما أن لا يسلم عليه طوعا فإن بقيت يده عليه كافرا فهي أيضا كسائر أملاكه تحت يده و إن ارتفعت يده عنها فإما أن يكون بانجلاء المالك عنها تخليتها للمسلمين أو بموت أهلها و عدم الوارث فيصير ملكا للإمام ع و يكون من الأنفال التي لم يوجف عليها بخيل و لا ركاب و إن رفعت يده عنها قهرا و عنوة فهي كسائر ما لا ينقل من الغنيمة كالنخل و الأشجار و البنيان للمسلمين كافة إجماعا على ما حكاه غير واحد كالخلاف و التذكرة و غيرهما و النصوص به مستفيضة: ففي رواية أبي برده المسئول فيها عن بيع أرض الخراج قال ع و من يبيع ذلك و هي أرض المسلمين قال قلت يبيعها الذي هي في يده قال و يصنع بخراج المسلمين ما ذا ثم قال لا بأس اشترى حقه منها- و يحول حق المسلمين عليه و لعله يكون أقوى عليها و أملى بخراجهم منه. و في مرسلة حماد الطويلة: ليس لمن قاتل شيء من الأرضين و لا ما غلبوا عليه إلا ما احتوى عليه العسكر إلى أن قال و الأرض التي أخذت بخيل و ركاب فهي موقوفة متروكة في يدي من يعمرها و يحييها و يقوم عليها على ما صالحهم الوالي على قدر طاقتهم من الخراج النصف أو الثلث أو الثلثين على قدر ما يكون لهم صالحا و لا يضربهم فإذا أخرج منها ما أخرجه بدأ فأخرج منه العشر من الجميع مما سقت السماء أو سقي سيحا و نصف العشر مما سقي بالدوالي و النواضح إلى أن قال فيؤخذ ما بقي بعد العشر فيقسم بين الوالي و بين شركائه الذين هم عمال الأرض و أكرتها فيدفع إليهم أنصباؤهم و هم على قدر ما صالحهم عليه و يؤخذ الباقي فيكون ذلك أرزاق أعوانهم على دين الله و في مصلحة ما ينوبه من تقوية الإسلام و تقوية الدين في وجوه الجهاد و غير ذلك مما فيه مصلحة العامة ليس لنفسه من ذلك قليل و لا كثير الخبر. و في صحيحة الحلبي قال: سئل أبو عبد الله ع عن السواد ما منزلته قال هو لجميع المسلمين لمن هو اليوم و لمن يدخل في الإسلام بعد اليوم و لمن لم يخلق بعد فقلنا نشتريه من الدهاقين قال لا يصلح إلا أن تشتريها منهم على أن تصيرها للمسلمين فإن شاء ولي الأمر أن يأخذها أخذها قلت فإن أخذها منه قال يرد عليه رأس ماله و له ما أكل من غلتها بما عمل و رواية ابن شريح قال:

سألت أبا عبد الله ع عن شراء الأرض من أرض الخراج فكرهه و قال إنما أرض الخراج للمسلمين فقالوا له فإنه يشتريها الرجل و عليه خراجها فقال لا بأس إلا أن يستحيي من عيب ذلك و رواية إسماعيل بن الفضل الهاشمي ففيها: و سألته عن رجل اشترى أرضا من أراضي الخراج فبنى بها أو لم يبن غير أن أناسا من أهل الذمة نزلوها أ له أن يأخذ منهم أجور البيوت إذا أدوا جزية رءوسهم قال يشارطهم فما أخذ بعد الشرط فهو حلال و في خبر أبي الربيع قال: لا تشتر من أرض السواد شيئا إلا من كانت له ذمة فإنما هي فيء للمسلمين إلى غير ذلك و ظاهره كما ترى عدم جواز بيعها حتى تبعا للآثار المملوكة فيها على أن تكون جزء من المبيع فيدخل في

ملك المشتری. نعم یکون للمشتری علی وجه کان للبائع أعنی مجرد الأولویهٔ و عدم جواز مزاحمته إذا کان التصرف و إحداث تلک الآثار بإذن الإمام أو بإجازته و لو لعموم الشیعهٔ کما إذا کان التصرف بتقبیل السلطان الجائر أو بإذن الحاکم الشرعی بناء علی عموم ولایته لأمور المسلمین و نیابته عن الإمام ع و لکن ظاهر عبارهٔ المبسوط إطلاق المنع عن التصرف فیها قال لا یجوز التصرف فیها ببیع و لا شراء و لا هبهٔ و لا معاوضهٔ و لا یصح أن تبنی فیها دور أو منازل و مساجد و سقایات و لا غیر ذلک من أنواع التصرف الذی یتبع الملک و متی فعل شیئا من ذلک کان التصرف باطلا و هو علی حکم الأصل و یمکن حمل کلامه علی صورهٔ عدم الإذن من الإمام ع حال حضوره و یحتمل إرادهٔ التصرف بالبناء علی وجه الحیازهٔ و التملک و قال فی الدروس لا یجوز التصرف فی المفتوحهٔ عنوهٔ إلا بإذن الإمام سواء کان بالبیع أم بالوقف أم بغیرهما. نعم فی حال الغیبهٔ ینفذ ذلک و أطلق فی المبسوط أن التصرف فیها لا ینفذ و قال ابن إدریس إنما نبیع و نوقف تحجیرنا و بناءنا و تصرفنا لا نفس الأرض انتهی. و قد ینسب إلی الدروس التفصیل بین زمانی الغیبهٔ و الحضور فیجوز التصرف فی الأول و لو بالبیع و الوقف لا- فی الثانی إلا بإذن الإمام و کذا إلی جامع المقاصد و فی النسبهٔ نظر بل الظاهر موافقتهما لفتوی جماعهٔ من جواز التصرف فیه فی زمان الغیبهٔ بإحداث الآثار و جواز نقل الأرض تبعا للآثار فیفعل ذلک بالأرض تبعا للآثار و المعنی أنها مملوکهٔ ما دامت الآثار موجودهٔ. قال فی المسالک فی شرح قول المحقق و لا یجوز بیعها و لا هبتها و لا- وقفها إلی آخرها إن المراد أنه لا یصح ذلک فی رقبهٔ الأرض مستقلهٔ أما لو فعل ذلک بها تبعا لآثار التصرف من بناء و غرس و زرع و نحوها فجائز علی الأقوی قال فإذا باعها بائع مع شیء من هذه الآثار دخلت فی المبیع علی سبیل التبع و کذا الوقف و غیره و یستمر کذلک ما دام شیء من الآثار باقیا فإذا ذهبت أجمع انقطع حق المشتری و الموقوف علیه و غیرهما عنها هکذا ذکره جمع من المتأخرین و علیه العمل انتهی. نعم ربما یظهر من عبارهٔ الشیخ فی التهذیب جواز البیع و الشراء فی نفس الرقبهٔ حیث قال إن قال قائل إن ما ذکرتموه إنما دل علی إباحهٔ التصرف فی هذه الأرضین و لا یدل صحهٔ تملکها بالشراء و البیع و مع عدم صحته لا یصح ما یتفرع علیهما. قلنا إنا قد قسمنا الأرضین ثلاثهٔ أقسام أرض أسلم علیها أهلها فهی ملک لهم یتصرفون فیها و أرض تؤخذ عنوهٔ أو یصالح أهلها علیها فقد أبحنا شراءها و بیعها لأن لنا فی ذلک قسما لأنها أراضی المسلمین و هذا القسم أیضا یصح الشراء و البیع فیه علی هذا الوجه. و أما الأنفال و ما یجری مجراها فلا یصح تملکها بالشراء و إنما أبیح لنا التصرف فیها حسب ثم استدل علی أراضی الخراج بروایهٔ أبی برده السابقهٔ الدالهٔ علی جواز بیع آثار التصرف دون رقبهٔ

المکاسب، ج۲، ص ۱۶۳

الأرض و دلیله قرینهٔ علی توجیه کلامه و کیف کان فما ذکروه من حصول الملک تبعا للآثار مما لا دلیل علیه إن أرادوا الانتقال. نعم المتیقن هو ثبوت حق الاختصاص للمتصرف ما دام شیء من الآثار موجودا فالذی ینبغی أن یصرف الکلام إلیه هو بیان الوجه الذی یجوز التصرف معه حتی یثبت حق الاختصاص فنقول أما فی زمان الحضور و التمکن من الاستئذان فلا- ینبغی الإشکال فی توقف التصرف علی إذن الإمام لأنه ولی المسلمین فله نقلها عینا و منفعهٔ. و من الظاهر أن کلام الشیخ المطلق فی المنع عن التصرف محمول علی صورهٔ عدم إذن الإمام ع مع حضوره. و أما فی زمان الغیبهٔ ففی عدم جواز التصرف إلا- فیما أعطاه السلطان الذی حل قبول الخراج و المقاسمهٔ منه أو جوازه مطلقا نظرا إلی عموم ما دل علی تحلیل مطلق الأرض للشیعهٔ لا خصوص الموات التی هی مال الإمام ع و ربما یؤیده جواز قبول الخراج الذی هو کأجرهٔ الأرض فیجوز التصرف فی عینها مجانا أو عدم جوازه إلا بإذن الحاکم الذی هو نائب الإمام أو التفصیل بین من یستحق أجرهٔ هذه الأرض فیجوز له التصرف فیها لما یظهر من قوله ع للمخاطب فی بعض أخبار حل الخراج و أن لک نصیبا فی بیت المال و بین غیره الذی یجب علیه حق الأرض و لذا أفتی غیر واحد علی ما حکی بأنه لا یجوز حبس الخراج و سرقته عن السلطان الجائر و الامتناع عنه. و استثنی بعضهم ما إذا دفعه إلی نائب الإمام ع أو بین ما عرض له الموت من الأرض المحیاهٔ حال الفتح و بین الباقیهٔ علی عمارتها من حین الفتح فیجوز إحیاء الأول لعموم أدلهٔ الإحیاء و خصوص روایهٔ سلیمان بن خالد و نحوها وجوه أوفقها بالقواعد الاحتمال الثالث ثم الرابع ثم الخامس. و مما ذکرنا یعلم حال ما ینفصل من المفتوح عنوهٔ

كأوراق الأشجار و أثمارها و أخشاب الأبنية و السقوف الواقعة و الطين المأخوذ من سطح الأرض و الجص و الحجارة و نحو ذلك فإن مقتضى القاعدة كون ما يحدث بعد الفتح- من الأمور المنقولة ملكا للمسلمين و لذا صرح جماعة كالعلامة و الشهيد و المحقق الثانى و غيرهم على ما حكى عنهم بتقييد جواز رهن أبنية الأرض المفتوحة عنوة بما إذا لم تكن الآلات من تراب الأرض. نعم الموجودة فيها حال الفتح للمقاتلين لأنها مما ينقل و حينئذ مقتضى القاعدة عدم صحة أخذها إلا من السلطان الجائر أو من حاكم الشرع مع إمكان أن يقال لا مدخل لسلطان الجور لأن القدر المأذون فى تناوله منه منفعة الأرض لا أجزاؤها إلا أن يكون الأخذ على وجه الانتفاع لا التملك فيجوز و يحتمل كون ذلك بحكم المباحات لعموم من سبق إلى ما لم يسبق إليه مسلم فهو أحق به و يؤيده بل يدل عليه استمرار السيرة خلفا عن سلف على بيع الأمور المعمولة من تربة أرض العراق من الآجر و الكوز و الأوانى و ما يعمل من التربة الحسينية و يقوى هذا الاحتمال بعد انفصال هذه الأجزاء من الأرض

[مسألة من شروط العوضين كونه طلقا]

اشارة

و اعلم أنه ذكر الفاضلان و جمع ممن تأخر عنهما فى شروط العوضين بعد الملكية كونه طلقا- . و فرعوا عليه عدم جواز بيع الوقف إلا- فيما استثنى و لا- الرهن إلا- بإذن المرتهن أو إجازته و لا أم الولد إلا فى المواضع المستثناة. و المراد بالطلق تمام السلطنة على الملك بحيث يكون للمالك أن يفعل بملكه ما شاء و يكون مطلق العنان فى ذلك لكن هذا المعنى فى الحقيقة راجع إلى كون الملك مما يستقل المالك بنقله و بكون نقله ماضيا فيه لعدم تعلق حق به مانع عن نقله بدون إذن ذى الحق لمرجعه إلى أن من شرط البيع أن يكون متعلقة مما يصح للمالك بيعه مستقلا و هذا لا محصل له فالظاهر أن هذا العنوان ليس فى نفسه شرطا ليتفرع عليه عدم جواز بيع الوقف و المرهون و أم الولد بل الشرط فى الحقيقة انتفاء كل من تلك الحقوق الخاصة و غيرهما مما ثبت منعه عن تصرف المالك كالنذر و الخيار و نحوهما و هذا العنوان منتزع من انتفاء تلك الحقوق. فمعنى الطلق أن يكون المالك مطلق العنان فى نقله غير محبوس عليه لأحد الحقوق التى ثبت منها للمالك عن التصرف فى ملكه فالتعبير بهذا المفهوم المنتزع تمهيد لذكر الحقوق المانعة عن التصرف لا- تأسيس لشرط ليكون ما بعده فروعا بل الأمر فى الفرعية و الأصالة بالعكس ثم إن أكثر من تعرض لهذا الشرط- لم يذكر من الحقوق إلا الثلاثة المذكورة ثم عنونوا حق الجانى و اختلفوا فى حكم بيعه و الظاهر أن الحقوق المانعة أكثر من هذه الثلاثة أو الأربعة و قد أنهاها بعض من عاصرناه إلى أزيد من عشرين فذكر بعد الأربعة المذكورة فى عبارة الأكثر النذر المتعلق بالعين قبل البيع و الخيار المتعلق به و الارتداد و الحلف على عدم بيعها و تعيين الهدى للذبح و اشتراط عتق العبد فى عقد لازم و الكتابة المشروطة أو المطلقة بالنسبة إلى ما لم يتحرر منه حيث إن المولى ممنوع عن التصرف بإخراجه عن ملكه قبل الأداء و التدبير المعلق على موت غير المولى بناء على جواز ذلك فإذا مات المولى و لم يمت من علق عليه العتق كان مملوكا للورثة ممنوعا من التصرف فيه و تعلق حق الموصى له بالموصى به بعد موت الموصى و قبل قبوله بناء على منع الوارث من التصرف فيه قبله و تعلق حق الشفعة بالمال فإنه مانع من لزوم التصرفات الواقعة من المالك فللشفيع بعد الأخذ بالشفعة إبطالها و تغذية الولد المملوك بنطفة سيده فيما إذا اشترى أمة حبلى فوطئها فأتت بالولد بناء على عدم جواز بيعها و كونه مملوكا ولد من حر شريك فى أمة حال الوطء فإنه مملوك له لكن ليس له التصرف فيه إلا- بتقويمه و أخذ قيمته و تعارض السبب المملك و المزيل للملك كما لو قهر حربى أباه و الغنيمة قبل القسمة بناء على حصول الملك بمجرد الاستيلاء دون القسمة لاستحالة بقاء الملك بلا مالك و غير ذلك مما سيقف عليه المتتبع لكنا نقتصر على ما اقتصر عليه الأصحاب من ذكر الوقف ثم أم الولد ثم الرهن ثم الجناية إن شاء الله.

مسألة لا يجوز بيع الوقف إجماعا محققا فى الجملة و محكيا

اشارة

و لعموم قوله ع: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله. و رواية أبى على بن راشد قال: سألت أبا الحسن ع قلت جعلت فداك اشتريت أرضا إلى جنب ضيعتى بألفى درهم فلما وفيت المال خبرت أن الأرض وقف فقال لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة فى مالك و ادفعها إلى من أوقفت عليه قلت لا أعرف لها ربا قال تصدق بغلتها. و ما ورد من حكاية وقف أمير المؤمنين ع و غيره من الأئمة ص مثل ما عن ربعى بن عبد الله

المكاسب، ج۲، ص ۱۶۴

عن أبى عبد الله ع فى صورة وقف أمير المؤمنين ع: بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به على بن أبى طالب و هو حى سوى تصدق بداره التى فى بنى زريق صدقة لا تباع و لا توهب حتى يرثها الله الذى يرث السماوات و الأرض و أسكن هذه صدقة خالاته ما عشن و عاش عقبهن فإذا انقرضوا فهى لذى الحاجة من المسلمين. فإن الظاهر من الوصف كونه صفة لنوع الصدقة لا لشخصها و يبعد كونه شرطا خارجا عن النوع مأخوذا فى الشخص مع أن سياق الاشتراط يقتضى تأخره عن ركن العقد أعنى الموقوف عليهم خصوصا مع كونه شرطا عليهم مع أنه لو جاز البيع فى بعض الأحيان كان اشتراط عدمه على الإطلاق فاسدا بل مفسدا لمخالفته للمشروع من جواز بيعه فى بعض الموارد كدفع الفساد بين الموقوف عليهم أو رفعه أو طرو الحاجة أو صيرورته مما لا ينتفع به أصلا إلا أن يقال إن هذا الإطلاق نظير الإطلاق المتقدم- فى رواية ابن راشد فى انصرافه إلى البيع لا لعذر مع أن هذا التقييد مما لا بد منه على تقدير كون الصفة فصلا للنوع أو شرطا خارجيا مع احتمال علم الإمام بعدم طرو هذه الأمور المبيحة و حينئذ يصح أن يستغنى بذلك عن التقييد على تقدير كون الصفة شرطا بخلاف ما لو جعل وصفا داخلا فى النوع فإن العلم بعدم طرو مسوغات البيع فى الشخص لا يغنى عن تقييد إطلاق الوصف فى النوع كما لا يخفى. فظهر أن التمسك بإطلاق المنع عن البيع على كون الوصف داخلا فى أصل الوقف كما صدر عن بعض من عاصرناه لا يخلو عن نظر و إن كان الإنصاف ما ذكرناه من ظهور سياق الأوصاف فى كونها أوصافا للنوع.

و مما ذكرنا ظهر أن المانع عن بيع الوقف أمور ثلاثة

حق الواقف حيث جعلها بمقتضى صيغة الوقف صدقة جارية ينتفع بها و حق البطون المتأخرة عن بطن البائع و التعبد الشرعى المكشوف عنه بالروايات فإن الوقف متعلق لحق الله حيث يعتبر فيه التقرب و يكون لله تعالى عمله و عليه عوضه و قد يرتفع بعض هذه الموانع فيبقى الباقى و قد يرتفع كلها و سيجىء التفصيل

[هل الوقف يبطل بنفس البيع أو بجوازه

ثم إن جواز البيع لا ينافى بقاء الوقف إلى أن يباع فالوقف يبطل بنفس البيع لا بجوازه- فمعنى جواز بيع العين الموقوفة جواز إبطال وقفها إلى بدل أو لا إليه فإن مدلول صيغة الوقف و إن أخذ فيه الدوام و المنع عن المعاوضة عليه إلا أنه قد يعرض ما يجوز مخالفة هذا الإنشاء كما أن مقتضى العقد الجائز كالهبة تمليك المتهب المقتضى لتسلطه المنافى لجواز انتزاعه من يده و مع ذلك يجوز مخالفته و قطع سلطنته عنه فتأمل إلا أنه ذكر بعض فى هذا المقام أن الذى يقوى فى النظر بعد إمعانه أن الوقف ما دام وقفا لا يجوز بيعه بل لعل جواز بيعه مع كونه وقفا من التضاد. نعم إذا بطل الوقف اتجه حينئذ جواز بيعه. ثم ذكر بعض مبطلات الوقف المسوغة

لبیعه و قد سبقه إلی ذلک بعض الأساطین فی شرحه علی القواعد حیث استدل علی المنع عن بیع الوقف بعد النص و الإجماع بل الضرورة بأن البیع و أضرابه ینافی حقیقة الوقف لأخذ الدوام فیه و أن نفی المعاوضات مأخوذ فیه ابتداء و فیه أنه إن أرید من بطلانه انتفاء بعض آثاره و هو جواز البیع المسبب عن سقوط حق الموقوف علیهم عن شخص العین أو عنها و عن بدلها حیث قلنا بکون الثمن للبطن الذی یبیع فهذا لا محصل له فضلا عن أن یحتاج إلی نظر فضلا عن إمعانه و إن أرید به انتفاء أصل الوقف کما هو ظاهر کلامه حیث جعل المنع من المبیع من مقومات مفهوم الوقف ففیه مع کونه خلاف الإجماع إذ لم یقل أحد ممن أجاز بیع الوقف فی بعض الموارد ببطلان الوقف و خروج الموقوف عن ملک الموقوف علیه إلی ملک الواقف إن المنع عن البیع لیس مأخوذا فی مفهومه بل هو فی غیر المساجد و شبهها قسم من التملیک و لذا یطلق علیه الصدقة و یجوز إیجابه بلفظ تصدقت إلا أن المالک له بطون متلاحقة فإذا جاز بیعه مع الإبدال- کان البائع ولیا عن جمیع الملاک فی إبدال مالهم بمال آخر و إذا جاز لا معه کما إذا بیع لضرورة البطن الموجود علی القول بجوازه فقد جعل الشارع لهم حق إبطال الوقف ببیعه لأنفسهم فإذا لم یبیعوه لم یبطل و لذا لو فرض اندفاع الضرورة بعد الحکم بجواز البیع أو لم یتفق البیع کان الوقف علی حاله و لذا صرح فی جامع المقاصد بعدم جواز رهن الوقف و إن بلغ حدا یجوز بیعه معللا باحتمال طرو الیسار للموقوف علیهم عند إرادة بیعه فی دین المرتهن.

إذا عرفت أن مقتضی العمومات فی الوقف عدم جواز البیع فاعلم

أن لأصحابنا فی الخروج عن عموم المنع فی الجملة أقوالا

أحدها عدم الخروج عنه أصلا

و هو الظاهر من کلام الحلی حیث قال فی السرائر بعد نقل کلام المفید قدس سره و الذی یقتضیه مذهبنا أنه بعد وقفه و قبضه لا یجوز الرجوع فیه و لا- تغیره عن وجوهه و سبله و لا بیعه سواء کان بیعه أعود علیهم أم لا و سواء خرب الوقف و لا یوجد من یراعیه بعمارة من سلطان و غیره أو یحصل بحیث لا یجدی نفعا أم لا قال الشهید رحمه الله بعد نقل أقوال المجوزین و ابن إدریس سد الباب و هو نادر مع قوته و قد ادعی فی السرائر عدم الخلاف فی المؤبد قال إن الخلاف الذی حکیناه بین أصحابنا إنما هو إذا کان الوقف علی قوم مخصوصین و لیس فیه شرط یقتضی رجوعه إلی غیرهم و أما إذا کان الوقف علی قوم و من بعدهم علی غیرهم و کان الواقف قد اشترط رجوعه إلی غیره إلی أن یرث الله الأرض لم یجز بیعه علی وجه بغیر خلاف بین أصحابنا انتهی. و فیه نظر یظهر مما سیأتی من ظهور أقوال کثیر من المجوزین فی المؤبد و حکی المنع مطلقا عن الإسکافی و فخر الإسلام أیضا إلا فی الآلات الموقوفة و أجزائها التی انحصر طریق الانتفاع بها فی البیع. قال الإسکافی فی ما حکی عنه فی المختلف إن الموقوف رقیقا أو غیره لو بلغ حاله إلی زوال ما سبله من منفعته فلا بأس ببیعه و إبدال مکانه بثمنه إن أمکن أو صرفه فیما کان یصرف إلیه منفعته أو رد ثمنه علی منافع ما بقی من أصل ما حبس معه إذا کان فی ذلک صلاح انتهی. و قال فخر الدین فی الإیضاح فی شرح قول والده قدس سرهما و لو خلق حصیر المسجد و خرج عن الانتفاع

المکاسب، ج۲، ص ۱۶۵

به أو انکسر الجذع بحیث لا ینتفع به فی غیر الإحراق فالأقرب جواز بیعه قال بعد احتمال المنع بعموم النص فی المنع و الأصح عندی جواز بیعه و صرف ثمنه فی المماثل إن أمکن و إلا ففی غیره انتهی. و نسبة المنع إلیهما علی الإطلاق لا بد أن یبنی علی خروج مثل هذا عن محل الخلاف و سیظهر هذا من عبارة الحلبی فی الکافی أیضا فلاحظ.

الثانی الخروج عن عموم المنع فی المنقطع فی الجملة خاصة دون المؤبد

و هو المحكى عن القاضى حيث قال فى محكى المهذب إذا كان الشىء وقفا على قوم و من بعدهم على غيرهم و كان الواقف قد اشترط رجوعه إلى غير ذلك إلى أن يرث الله تعالى الأرض و من عليها لم يجز بيعه على وجه من الوجوه فإن كان وقفا على قوم مخصوصين و ليس فيه شرط يقتضى رجوعه إلى غيرهم حسب ما قدمناه و حصل الخوف من هلاكه أو فساده أو كانت بأربابه حاجة ضرورية يكون بيعه أصلح لهم من بقائه عليهم أو يخاف من وقوع خلف بينهم يؤدى إلى فساده فإنه حينئذ يجوز بيعه و صرف ثمنه فى مصالحهم على حسب استحقاقهم فإن لم يحصل شىء من ذلك لم يجز بيعه على وجه من الوجوه و لا يجوز هبة الوقف و لا الصدقة به أيضا. و حكى عن المختلف و جماعة نسبه التفصيل إلى الحلبى لكن العبارة المحكية عن كافية لا تساعده بل ربما استظهر منه المنع على الإطلاق فراجع. و حكى التفصيل المذكور عن الصدوق. و المحكى عن الفقيه أنه قال بعد رواية على بن مهزيار الآتية إن هذا وقف كان عليهم دون من بعدهم و لو كان عليهم و على أولادهم ما تناسلوا و من بعد على فقراء المسلمين إلى أن يرث الله تعالى الأرض و من عليها لم يجز بيعه أبدا ثم إن جواز بيع ما عدا الطبقة الأخيرة فى المنقطع لا يظهر من كلام الصدوق و القاضى كما لا يخفى ثم إن هؤلاء إن كانوا ممن يقولون برجوع الوقف المنقطع إلى ورثة الموقوف عليه فللقول بجواز بيعه وجه أما إذا كان فيهم من يقول برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى الواقف أو ورثته فلا وجه للحكم بجواز بيعه و صرف الموقوف عليهم ثمنه فى مصالحهم و قد حكى القول بهذين عن القاضى إلا أن يوجه بأنه لا يقول ببقائه على ملك الواقف حتى يكون حبسا بل هو وقف حقيقى و تمليك للموقوف عليهم مدة وجودهم و حينئذ فبيعهم له مع تعلق حق الواقف نظير بيع البطن الأول مع تعلق حق سائر البطون فى الوقف المؤبد لكن هذا الوجه لا يدفع الإشكال عن الحلبى المحكى عنه القول المتقدم حيث إنه يقول [إن المحكى عنه بقاء الوقف مطلقا على ملك الواقف [و جواز بيع الوقف حينئذ مع عدم مزاحمة حق الموقوف عليه مما لا إشكال فيه .

الثالث الخروج عن عموم المنع و الحكم بالجواز فى المؤبد فى الجملة

اشارة

و أما المنقطع فلم ينصوا عليه و إن ظهر عن بعضهم التعميم و من بعضهم التخصيص بناء على قوله برجوع المنقطع إلى ورثة الواقف كالشيخ و سلار قدس سرهما و من حكم برجوعه بعد انقراض الموقوف عليه إلى وجوه البر كالسيد أبى المكارم بن زهرة فلازمه جعله كالمؤبد و كيف كان

فالمناسب أولا نقل عبائر هؤلاء

[كلام الشيخ المفيد]

فنقول قال المفيد فى المقنعة الوقوف فى الأصل صدقات لا يجوز الرجوع فيها إلا أن يحدث الموقوف عليهم ما يمنع الشرع من معونتهم و التقرب إلى الله بصلتهم أو يكون تغيير الشرط فى الموقوف أعود عليهم و أنفع لهم من تركه على حاله و إذا أخرج الواقف الوقف عن يده إلى من وقف عليه لم يجز له الرجوع فى شىء منه و لا تغيير شرائطه و لا نقله عن وجوهه و سبله. و فى اشتراط الواقف فى الوقف أنه متى احتاج إليه فى حياته لفقر كان له بيعه و صرف ثمنه فى مصالحه جاز له فعل ذلك و ليس لأرباب الوقف بعد وفاة الواقف أن يتصرفوا فيه ببيع و لا هبة و لا أن يغيروا شيئا من شروطه إلا أن يخرب الوقف و لا يوجد من يراعيه بعمارة من سلطان أو غيره أو يحصل بحيث لا يجدى نفعا فلهم حينئذ بيعه و الانتفاع بثمنه و كذلك إن حصلت لهم ضرورة إلى ثمنه كان لهم حله و لا يجوز ذلك مع عدم ما ذكرناه من الأسباب و الضرورات انتهى كلامه. و قد استفاد من هذا الكلام فى غاية المراد جواز بيع الوقف فى خمسة مواضع و ضم صورة جواز الرجوع و جواز تغيير الشرط إلى المواضع الثلاثة المذكورة بعد وصول الموقوف إلى الموقوف

عليهم و وفاة الواقف فلاحظ و تأمل. ثم إن العلامة ذكر فى التحرير أن قول المفيد بأنه لا يجوز الرجوع فى الوقف إلا أن يحدث إلى قوله أنفع لهم من تركه على حاله متأول و لعله من شدة مخالفته للقواعد لم يرتض بظاهره للمفيد.

[كلام السيد المرتضى

و قال فى الانتصار على ما حكى عنه و مما انفردت الإمامية به القول بأن الوقف متى حصل له الخراب بحيث لا يجدى نفعا جاز لمن هو وقف عليه بيعه و الانتفاع بثمنه و أن أرباب الوقف متى دعتهم ضرورة شديدة إلى ثمنه جاز لهم بيعه و لا يجوز لهم ذلك مع فقد الضرورة ثم احتج باتفاق الإمامية ثم ذكر خلاف ابن الجنيد و رده بكونه مسبوقا ملحقا بالإجماع و أنه إنما عول فى ذلك على ظنون له و حسان و أخبار شاذة لا يلتفت إلى مثلها انتهى ثم قال و أما إذا صار الوقف بحيث لا يجدى نفعا أو دعت أربابه الضرورة إلى ثمنه لشدة فقرهم فالأحوط ما ذكرناه من جواز بيعه لأنه إنما جعل لمنافعهم فإذا بطلت منافعهم منه فقد انتقض الغرض عنه و لو لم تبق منفعته فيه إلا من الوجه الذى ذكرناه انتهى.

[كلام الشيخ الطوسى فى المبسوط]

و قال فى المبسوط و إنما يملك الموقوف عليه بيعه على وجه عندنا و هو أنه إذا خيف على الوقف الخراب أو كان بأربابه حاجة شديدة و لا يقدرون على القيام فحينئذ يجوز لهم بيعه و مع عدم ذلك لا يجوز بيعه انتهى ثم احتج على ذلك بالأخبار.

[كلام سلار قدس سره

و قال سلار فيما حكى عنه و لا يخلو الحال فى الوقف و الموقوف عليهم من أن يبقى و يبقوا على الحال التى وقف فيها أو تغير الحال فإن لم يتغير الحال فلا يجوز بيع الموقوف عليهم الوقف و لا هبته و لا تغير شىء من أحواله و إن تغير الحال فى الوقف حتى لا ينتفع به على أى وجه كان أو لحقت الموقوف عليهم حاجة شديدة جاز بيعه و صرف ثمنه فيما هو أنفع لهم انتهى.

[كلام ابن زهرة قدس سره

و قال فى الغنية على ما حكى عنه و يجوز عندنا بيع الوقف للموقوف عليه إذا صار بحيث لا يجدى نفعا و خيف خرابه أو كانت بأربابه حاجة شديدة دعتهم الضرورة إلى بيعه بدليل إجماع الطائفة و لأن غرض الواقف انتفاع الموقوف عليه فإذا لم تبق له منفعة إلا على الوجه الذى ذكرنا

المكاسب، ج ۲، ص ۱۶۶

جاز انتهى.

[كلام ابن حمزة قدس سره

و قال فى الوسيلة و لا يجوز بيعه يعنى الوقف إلا بأحد شرطين الخوف من خرابه أو حاجة بالموقوف عليه شديدة لا يمكنه معها القيام به انتهى.

[كلام الراوندى قدس سره

و قال الراوندى فى فقه القرآن على ما حكى عنه و إنما يملك بيعه على وجه عندنا و هو إذا خيف على الوقف الخراب أو كانت

بأربابه حاجة شديدة

[كلمات ابن سعيد في الجامع و النزهة]

و قال في الجامع على ما حكى عنه فإن خيف خرابه أو كان بهم حاجة شديدة أو خيف وقوع فتنة لهم تستباح بها الأنفس جاز بيعه انتهى و عن النزهة لا يجوز بيع الوقف إلا أن يخاف هلاكه أو تؤدى المنازعة فيه بين أربابه إلى ضرر عظيم أو يكون فيهم حاجة عظيمة شديدة و يكون بيع الوقف أصلح لهم انتهى

[كلام المحقق قدس سره]

و قال في الشرائع و لا يصح بيع الوقف ما لم يؤد بقاؤه إلى خرابه لخلف بين أربابه و يكون البيع أعود و قال في كتاب الوقف و لو وقع بين الموقوف عليهم خلف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه و لو لم يقع خلف و لا خشى خرابه بل كان البيع أنفع لهم قيل يجوز بيعه و الوجه المنع انتهى. و مثل عبارة الشرائع في كتاب البيع و الوقف عبارة القواعد في الكتابين.

[كلام العلامة في التحرير و الإرشاد و التذكرة]

و قال في التحرير لا يجوز بيع الوقف بحال و لو انهدمت الدار لم تخرج العرصة عن الوقف و لم يجز بيعها و لو وقع خلف بين أرباب الوقف بحيث يخشى خرابه جاز بيعه على ما رواه أصحابنا ثم ذكر كلام ابن إدريس و فتواه على المنع مطلقا و تنزيله قول بعض الأصحاب بالجواز على المنقطع و نفيه الخلاف على المنع في المؤبد ثم قال و لو قيل بجواز البيع إذا ذهبت منافعه بالكلية كدار انهدمت و عادت مواتا و لم يتمكن من عمارتها و يشترى بثمنه ما يكون وقفا كان وجها انتهى و قال في بيع التحرير و لا يجوز بيع الوقف ما دام عامرا و لو أدى بقاؤه إلى خرابه جاز و كذا يباع لو خشى وقوع فتنة بين أربابه مع بقائه على الوقف انتهى و عن بيع الإرشاد لا يصح بيع الوقف إلا أن يخرب أو يؤدى إلى الخلف بين أربابه على رأى و عنه في باب الوقف لا يصح بيع الوقف إلا أن يقع بين الموقوف عليهم خلف يخشى به الخراب و قال في التذكرة في كتاب الوقف على ما حكى عنه و الوجه أن يقال يجوز بيع الوقف مع خرابه و عدم التمكن من عمارته أو خوف فتنة بين أربابه يحصل باعتبارها فساد انتهى.

[كلمات الشهيد قدس سره في غاية المراد و الدروس و اللمعة]

و قال في كتاب البيع لا يصح بيع الوقف لنقص الملك فيه إذ القصد منه التأبيد نعم لو كان بيعه أعود عليهم لوقوع خلف بين أربابه و خشى تلفه أو ظهور فتنة بسببه جوز أكثر علمائنا بيعه انتهى و قال في غاية المراد يجوز بيعه في موضعين خوف الفساد بالاختلاف و إذا كان البيع أعود مع الحاجة و قال في الدروس لا يجوز بيع الوقف إلا إذا خيف من خرابه أو خلف أربابه المؤدى إلى فساده و قال في اللمعة لو أدى بقاؤه إلى خرابه لخلف أربابه فالمشهور الجواز انتهى

[كلام الصيمري قدس سره]

و قال في تلخيص الخلاف على ما حكى عنه إن لأصحابنا في بيع الوقف أقوالا متعددة أشهرها جوازه إذا وقع بين أربابه خلف و فتنة و خشى خرابه و لا يمكن سد الفتنة بدون بيعه و هو قول الشيخين و اختاره نجم الدين و العلامة انتهى

[كلام الفاضل المقداد قدس سره]

و قال في التنقيح على ما حكى عنه إذا آل الوقف إلى الخراب لأجل الاختلاف بحيث لا ينتفع به أصلا جاز بيعه. و عن تعليق الإرشاد يجوز بيعه إذا كان فساد تستباح فيه الأنفس.

[كلام الفاضل القطيفي قدس سره

و عن إيضاح النافع أنه جوز بيعه إذا اختلف أربابه اختلافا يخاف معه القتال و نهب الأموال و لم ينـدفع إلا بالبيع قال فلو أمكن زواله و لو بحاكم الجور لم يجز و لا اعتبار بخشية الخراب و عدمه انتهى و مثله الكلام المحكى عن تعليقه على الشرائع.

[كلام المحقق الثاني قدس سره

و قال في جامع المقاصـد بعـد نسبـة ما في عبارة القواعـد إلى موافقة الأكثر إن المعتمد جواز بيعه في ثلاثة مواضع أحدها إذا خرب و اضـمحل بحيث لا ينتفع به كحصـر المسجد إذا اندرست و جذعه إذا انكسر. ثانيها إذا حصل خلف بين أربابه يخاف منه تلف الأموال و مستنده صـحيحة على بن مهزيـار و يشترى بثمنه في الموضـعين ما يكون وقفا على وجه ينـدفع به الخلف تحصـيلا لمطلوب الواقف بحسب الإمكـان و يتولى ذلـك النـاظر الخـاص إن كـان و إلاـ فالحاكم. ثالثها إذا لحقت بالموقوف عليه حاجـة شديـدة و لم يكن ما يكفيهم من غلة و غيرها لرواية جعفر بن حنان عن الصادق ع انتهى كلامه رفع مقامه

[كلام الشهيد الثاني قدس سره

و قال في الروضـة و الأقوى في المسألـة ما دلت عليه صـحيحة على بن مهزيار عن أبى جعفر الجواد ع من جواز بيعه إذا وقع بين أربابه خلف شديد و علله ع بأنه ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس و ظاهره أن خوف أدائه إليهما أو إلى أحدهما ليس بشرط بل هو مظنة لـذلك قـال و لا يجوز بيعه في غير ما ذكرنا و إن احتاج إليه أرباب الوقف و لم تكفهم غلته أو كان أعود أو غير ذلك مما قيل لعـدم دليل صالح عليه انتهى. و نحوه ما عن الكفاية

هـذه جملـة من كلمـاتهم المرئيـة أو المحكيـة و الظاهر أن المراد بتأديـة بقاء الوقف إلى خرابه حصول الظن بـذلك الموجب لصـدق الخوف لا التأديـة على وجه القطع فيكون عنوان التأديـة في بعض تلك العبارات متحدا مع عنوان خوفها و خشـيتها في بعضـها الآخر و لـذلك عبر فقيه واحد تارة بهذا و أخرى بذاك كما اتفق للفاضـلين و الشـهيد و نسب بعضـهم عنوان الخوف إلى الأكثر كالعلامة في التذكرة و إلى الأشـهر كما عن إيضاح النافع و آخر عنوان التأدية إلى الأكثر كجامع المقاصد أو إلى المشهور كاللمعة فظهر من ذلك أن جواز البيع بظن تأديـة بقـائه إلى خرابه ممـا تحققت فيه الشـهرة بين المجوزين لكن المـتيقن من فتوى المشـهور مـا كـان من أجل اختلاف أربابه اللهم إلا أن يستظهر من كلماتهم كالنص كون الاختلاف من باب المقدمة و أن الغاية المجوزة هى مظنة الخراب

إذا عرفت ما ذكرنا

فيقع الكلام تارة في الوقف المؤبد و أخرى في المنقطع

أما الأول [أي الوقف المؤبد]

اشارة

فالذى ينبغي أن يقال فيه

إن الوقف على قسمين

أحدهما ما يكون ملكا للموقوف عليهم

فيملكون منفعته فلهم استئجاره و أخذ أجرته ممن انتفع به بغير حق.

و الثانی ما لا يكون ملكا لأحد بل يكون فك ملك نظير التحرير

كما فی المساجد و المدارس و الربط بناء على القول بعدم دخولها فی ملك المسلمين كما هو مذهب جماعة فإن الموقوف عليهم إنما يملكون الانتفاع دون المنفعة فلو سكنه أحد بغير حق فالظاهر أنه ليس عليه أجرة المثل

[محل الكلام فی القسم الأول

و الظاهر أن محل الكلام فی بيع

المكاسب، ج۲، ص ۱۶۷

الوقف إنما هو القسم الأول و أما الثانی فالظاهر عدم الخلاف فی عدم جواز بيعه لعدم الملك. و بالجملة فكلامهم هنا فيما كان ملكا غير طلق لا فيما لم يكن ملكا و حينئذ فلو خرب المسجد و خربت القرية و انقطعت المارة عن الطريق الذی فيه المسجد لم يجز بيعه و صرف ثمنه فی إحداث مسجد آخر أو تعميره و الظاهر عدم الخلاف فی ذلك كما اعترف به غير واحد.

[كلام كاشف الغطاء فی الأوقاف العامة مع اليأس عن الانتفاع بها فی الجهة المقصودة]

اشارة

نعم ذكر بعض الأساطين بعد ما ذكر أنه لا يصح بيع الأرض الوقف العام مطلقا لا لعدم التمامية بل لعدم أصيل الملكية لرجوعها إلى الله و دخولها فی مشاعره أمكن الانتفاع بها فی الوجه الذی وضعت له أولا و مع اليأس من الانتفاع بالجهة المقصودة تؤجر للزراعة و نحوها مع المحافظة على الآداب اللازمة لها إن كانت مسجدا مثلا و إحكام السجلات لئلا تغلب اليد فتفضی بالملك دون الوقف المؤبد و تصرف فائدتها فيما يماثلها من الأوقاف مقدما للأقرب و الأحوج و الأفضل احتياطا و مع التعارض فالمدار على الراجح [فالبواقی على الترجيح و إن تعذر صرفت إلى غير المماثل كذلك فإن تعذر صرفت فی مصالح المسلمين [هذا حيث لا تكون الأرض من المفتوحة عنوة و أما ما كانت منها فقد سبق أنها بعد زوال الآثار ترجع إلى ملك المسلمين و أما غير الأرض من الآلات و الفرش و الحيوانات و ثياب الضرائح و نحوها فإن بقيت على حالها و أمكن الانتفاع بها فی خصوص المحل الذی أعدت له كانت على حالها و إلا جعلت فی المماثل و إلا ففی غيره و إلا ففی المصالح على ما نحو ما مر و إن تعذر الانتفاع بها باقية على حالها بالوجه المقصود منها أو ما قام مقامه أشبهت فی أمر الوقف الملك بعد إعراض المالك فيقوم فيها احتمال الرجوع إلى حكم الإباحة و العود ملكا للمسلمين تصرف فی مصالحهم و العود إلى المالك الأول و مع اليأس عن معرفته يدخل فی مجهول المالك و يحتمل بقاؤها على الوقف و تباع احترازا عن التلف و الضرر و لزوم الحرج و يصرف مرتبا على النحو السابق و لعل هذا هو الأقوى كما صرح به بعضهم انتهى

[المناقشة فيما أفاده كاشف الغطاء]

و فيه أن إجارة الأرض و بيع الآلات- حسن لو ثبت دليل على كونها ملكا للمسلمين و لو على نحو الأرض المفتوحة عنوة لكنه غير ثابت و المتيقن خروجها عن ملك مالكها أما دخولها فی ملك المسلمين فمنفی بالأصل. نعم يمكن الحكم بإباحة الانتفاع للمسلمين لأصالة الإباحة و لا يتعلق عليهم أجرة

[ما ورد في بيع ثوب الكعبة و هبته

ثم إنه ربما ينافى ما ذكرنا من عدم جواز بيع القسم الثانى من الوقف ما ورد فى بيع ثوب الكعبة و هبته مثل رواية مروان بن عبد الملك قال: سألت أبا الحسن ع عن رجل اشترى من كسوة الكعبة شيئا فاقتضى ببعضه حاجته و بقى بعضه فى يده هل يصلح له أن يبيع ما أراد قال يبيع ما أراد و يهب ما لم يرد و ينتفع به و يطلب بركته قلت أ يكفن به الميت قال لا.

[الفرق بين ثوب الكعبة و حصير المسجد و بين نفس المسجد]

قيل و فى رواية أخرى: يجوز استعماله و بيع بقيته و كذلك ما ذكروه فى بيع حصر المسجد إذا خلقت و جذوعه إذا خرجت عن الانتفاع اللهم إلا أن يقال إن ثوب الكعبة و حصر المسجد ليسا من قبيل المسجد بل هما مبذولان للبيت و المسجد فيكون كسائر أموالهما و معلوم أن وقفية أموال المساجد و الكعبة من قبيل القسم الأول و ليست من قبيل نفس المسجد فهى ملك للمسلمين فللناظر العام التصرف فيه بالبيع. نعم فرق بين ما يكون ملكا طلقا كالحصير المشترى من مال المسجد فهذا يجوز للناظر بيعه مع المصلحة و لو لم يخرج عن حيز الانتفاع بل كان جديدا غير مستعمل و بين ما يكون من الأموال وقفا على المسجد كالحصير الذى يشتريه الرجل و يضعه فى المسجد و الثوب الذى يلبس به البيت فمثل هذا يكون ملكا للمسلمين لا يجوز لهم تغييره عن وضعه إلا فى مواضع يسوغ فيها بيع الوقف

[الفرق بين ثوب الكعبة و حصير المسجد]

ثم الفرق بين ثوب الكعبة و حصير المسجد أن الحصير يتصور فيه كونه وقفا على المسلمين و لكن يضعه فى المسجد لأنه أحد وجوه انتفاعهم كالماء المسبل الموضوع فى المسجد فإذا خرب المسجد أو استغنى عنه جاز الانتفاع به و لو فى مسجد آخر بل يمكن الانتفاع به فى غيره و لو مع حاجته لكن يبقى الكلام فى مورد الشك مثل ما إذا فرش حصيرا فى المسجد أو وضع حب ماء فيه و إن كان الظاهر فى الأول الاختصاص و أوضح من ذلك الترب الموضوعة فيه و فى الثانى العموم فيجوز التوضؤ منه و إن لم يرد الصلاة فى المسجد. و الحاصل أن الحصير و شبهها الموضوعة فى المساجد و شبهها تتصور فيها أقسام كثيرة يكون الملك فيها للمسلمين و ليست من قبيل نفس المسجد و أضرابه فتعرض الأصحاب لبيعها لا ينافى ما ذكرناه.

[الجذع المنكسر من جذوع المسجد]

نعم ما ذكرناه لا يجرى فى الجذع المنكسر من جذوع المسجد التى هى من أجزاء البنيان مع أن المحكى عن العلامة و ولده و الشهيدين و المحقق الثانى جواز بيعه و إن اختلفوا فى تقييد الحكم و إطلاقه كما سيجىء إلا أن نلتزم بالفرق بين أرض المسجد فإن وقفها و جعلها مسجدا فك ملك بخلاف ما عداها من أجزاء البنيان كالأخشاب و الأحجار فإنها تصير ملكا للمسلمين فتأمل.

[حكم أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأسا]

و كيف كان فالحكم فى أرض المسجد مع خروجها عن الانتفاع بها رأسا هو إبقاؤها مع التصرف فى منافعها كما تقدم عن بعض الأساطين أو بدونه- و أما إجزاؤه كجذوع سقفه و آجره من حائطه المنهدم فمع المصلحة فى صرف عينها يجب صرف عينها فيه لأن مقتضى وجوب إبقاء الوقوف و إجرائها على حسب ما يوقفها أهلها وجوب إبقائها جزء للمسجد لكن لا يجب صرف المال من المكلف لمئونتها بل يصرف من مال المسجد أو بيت المال و إن لم تكن مصلحة فى رده جزء للمسجد فبناء على ما تقدم من أن

الوقف في المسجد و أضرابه فك ملك لم يجز بيعه لفرض عدم الملك. و حينئذ فإن قلنا بوجوب مراعاة الأقرب إلى مقصود الواقف فالأقرب تعين صرفه في مصالح ذلك كإحراقه لآجر المسجد و نحو ذلك كما عن الروضة و إلا صرف في مسجد آخر كما في الدروس و إلا صرف في سائر مصالح المسلمين قيل بل لكل أحد حيازته و تملكه و فيه نظر. و قد ألحقت بالمساجد المشاهد و المقابر و الخانات و المدارس و القناطر الموقوفة على الطريقة المعروفة و الكتب الموقوفة على المشتغلين و العبد المحبوس في خدمة الكعبة و نحوها و الأشجار الموقوفة لانتفاع المارة و البواري الموضوعة لصلاة المصلين و غير ذلك مما قصد بوقفه الانتفاع العام لجميع الناس أو المسلمين و نحوهم من غير المحصورين لا لتحصيل المنافع بالإجارة و نحوها و صرفها في مصارفها كما في الحمامات و الدكاكين و نحوها لأن جميع ذلك صارت بالوقف كالمباحات بالأصل اللازم إبقاؤها على الإباحة كالطرق العامة و الأسواق و هذا كله حسن على تقدير كون

المكاسب، ج۲، ص ۱۶۸

الوقف فيها فك ملك لا تمليكا

[إتلاف الموقوفات العامة]

و لو أتلف شيئا من هذه الموقوفات أو أجزائها متلف. ففي الضمان وجهان- من عموم على اليد فيجب صرف قيمته في بدله و من أن ما يطلب بقيمته يطلب بمنافعه و المفروض عدم المطالبة بأجرة منافع هذه لو استوفاها ظالم كما لو جعلت المدرسة بيت المسكن أو محرزا. و أن الظاهر من التأدية في حديث اليد الإيصال إلى المالك فيختص بأملاك الناس و الأول أحوط و قواه بعض.

إذا عرفت جميع ما ذكرناه فاعلم

أن الكلام في جواز بيع الوقف يقع في صور

الأولى أن يخرب الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه

كالحيوان المذبوح و الجذع البالي و الحصير الخلق و الأقوى جواز بيعه وفاقا لمن عرفت ممن تقدم نقل كلماتهم لعدم جريان أدلة المنع- أما الإجماع فواضح. و أما قوله ع: لا يجوز شراء الوقف فلانصرافه إلى غير هذه الحالة. و أما قوله ع: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها فلا يدل على المنع هنا لأنه مسوق لبيان وجوب مراعاة الكيفية المرسومة في إنشاء الوقف و ليس منها عدم بيعه بل عدم جواز البيع من أحكام الوقف و إن ذكر في متن العقد للاتفاق على أنه لا فرق بين ذكره فيه و تركه و قد تقدم ذلك و يضعف قول من قال ببطلان العقد إذا حكم بجواز بيعه و لو سلم أن المأخوذ في الوقف إبقاء العين فإنما هو مأخوذ فيه من حيث كون المقصود انتفاع البطون به مع بقاء العين و المفروض تعذره هنا. و الحاصل أن جواز بيعه هنا غير مناف لما قصده الواقف في وقفه فهو ملك للبطون يجوز لهم البيع إذا اجتمع إذن البطن الموجود مع أولياء سائر البطون و هو الحاكم أو المتولي. و الحاصل أن الأمر دائر بين تعطيله حتى يتلف بنفسه و بين انتفاع البطن الموجود به بالإتلاف و بين تبديله بما يبقى و ينتفع به الكل. و الأول تضييع مناف لحق الله و حق الواقف و حق الموقوف عليه و به يندفع استصحاب المنع مضافا إلى كون المنع السابق في ضمن وجوب العمل بمقتضى الوقف و هو انتفاع جميع البطون بعينه و قد ارتفع قطعا فلا يبقى ما كان في ضمنه. و أما الثاني فمع منافاته لحق سائر البطون يستلزم جواز بيع البطن الأول إذ لا فرق بين إتلافه و نقله و الثالث هو المطلوب. نعم يمكن أن يقال إذا كان الوقف مما لا يبقى بحسب استعداده العادي إلى آخر البطون فلا وجه لمراعاتهم بتبديله بما يبقى لهم فينتهي ملكه إلى من أدرك آخر أزمنة بقائه فتأمل. و كيف كان فمع فرض ثبوت الحق للبطون اللاحقة فلا وجه لترخيص البطن الموجود في إتلافه. و مما ذكرنا يظهر أن الثمن على تقدير البيع

لا يخص به البطن الموجود وفاقا لمن تقدم ممن يظهر منه ذلك كالإسكافى و العلامة و ولده و الشهيدين و المحقق الثانى. و حكى عن التنقيح و المقتصر و مجمع الفائدة لاقتضاء البدلية ذلك فإن المبيع إذا كان ملكا للموجودين بالفعل و للمعدومين بالقوة كان الثمن كذلك فإن الملكية اعتبار عرفى أو شرعى يلاحظها المعتبر عند تحقق أسبابها فكما أن الموجود مالك له فعلا ما دام موجودا بتمليك الواقف فكذلك المعدوم مالك له شأنا بمقتضى تمليك الواقف و عدم تعقل الملك للمعدوم إنما هو فى الملك الفعلى لا الشأنى. و دعوى أن الملك الشأنى ليس شيئا محققا موجودا يكذبها إنشاء الواقف له كإنشائه للملك الموجود فلو جاز أن تخرج العين الموقوفة إلى ملك الغير بعوض لا يدخل فى ملك المعدوم على نهج دخول المعوض جاز أن تخرج بعوض لا يدخل فى ملك الموجود و إليه أشار الشهيد قدس سره فى الفرع الآتى حيث قال إنه يعنى الثمن صار مملوكا على حد الملك الأول إذ يستحيل أن يملك لا على حدة خلافا لظاهر بعض العبائر المتقدمة- . و اختاره المحقق فى الشرائع فى دية العبد الموقوف المقتول و لعل وجهه أن الوقف ملك للبطن الموجود غاية الأمر تعلق حق البطون اللاحقة به فإذا فرض جواز بيعه انتقل الثمن إلى من هو مالك له فعلا و لا يلزم من تعلق الحق بعين المبيع تعلقه بالثمن و لا دليل عليه و مجرد البدلية لا يوجب ترتب جميع اللوازم إذ لا عموم لفظى يقتضى البدلية و التنزيل بل هو بدل فى الملكية و ما يتبعها من حيث هو ملك.

و فيه أن النقل إلى المشترى إن كان هو الاختصاص الموقت الثابت للبطن الموجود لزم منه رجوع المبيع بعد انعدام البطن السابق إلى البطن اللاحق فلا يملكه المشترى ملكا مستمرا و إن كان هو مطلق الاختصاص المستقر الذى لا يزول إلا بالناقل فهو لا يكون إلا بثبوت جميع الاختصاصات الحاصلة للبطون له فالثمن لهم على نحو المثمن. و مما ذكرنا تعرف أن اشتراك البطون فى الثمن أولى من اشتراكهم فى دية العبد المقتول حيث إنها بدل شرعى يكون الحكم به متأخرا عن تلف الوقت فجاز عقلا منع سراية حق البطون اللاحقة إليه بخلاف الثمن فإنه يملكه من يملكه بنفس خروج الوقف عن ملكهم على وجه المعاوضة الحقيقة فلا يعقل اختصاص العوض بمن لم يختص بالمعوض و من هنا اتضح أيضا أن هذا أولى بالحكم من بدل الرهن الذى حكموا بكونه رهنا لأن حق الرهنية متعلق بالعين من حيث إنها ملك لمالكها الأول فجاز أن يرتفع لا إلى بدل بارتفاع ملكية المالك الأول بخلاف الاختصاص الثابت للبطن المعدوم فإنه ليس قائما بالعين من حيث إنها ملك للبطن الموجود بل اختصاص موقت نظير اختصاص البطن الموجود منشأ بإنشائه مقارن له بحسب الجعل متأخرا عنه فى الوجود. و قد تبين مما ذكرنا أن الثمن حكمه حكم الوقف فى كونه ملكا لجميع البطون على ترتيبهم فإن كان مما يمكن أن يبقى و ينتفع به البطون على نحو المبدل و كانت مصلحة البطون فى بقائه أبقى و إلا أبدل مكانه ما هو أصلح و من هنا ظهر عدم الحاجة إلى صيغة الوقف فى البدل بل نفس البدلية تقتضى كونه كالمبدل و لذا علله الشهيد رحمه الله فى غاية المراد بقوله لأنه صار مملوكا على حد الملك الأول إذ يستحيل أن يملك لا على حدة ثم إن هذه العين حيث صارت ملكا للبطون فلهم أو لوليهم أن ينظر فيها و يتصرف فيها بحسب مصلحة جميع البطون و لو بالإبدال بعين أخرى أصلح لهم بل قد يجب إذا كان تركه يعد تضييعا للحقوق و ليس مثل الأصل ممنوعا عن بيعه إلا لعذر لأن ذلك كان حكما من أحكام الوقف الابتدائى و بدل الوقف إنما هو بدل له فى كونه ملكا للبطون فلا يترتب عليه جميع أحكام الوقف الابتدائى. و مما ذكرنا أيضا يظهر عدم وجوب شراء المماثل للوقف كما هو ظاهر التذكرة و الإرشاد و جامع المقاصد و التنقيح و المقتصر و مجمع الفائدة بل قد لا يجوز إذا كان غيره أصلح لأن الثمن إذا صار ملكا للموقوف عليهم الموجودين و المعدومين

المكاسب، ج۲، ص ۱۶۹

فاللازم ملاحظة مصلحتهم خلافا للعلامة و ولده و الشهيد و جماعة فأوجبوا المماثلة مع الإمكان لكون المثل أقرب إلى مقصود الواقف. و فيه مع عدم انضباط غرض الواقف إذ قد يتعلق غرضه بكون الموقوف عينا خاصة و قد يتعلق بكون منفعة الوقف مقدارا معينا من دون تعلق غرض بالعين و قد يكون الغرض خصوص الانتفاع بثمرته كما لو وقف بستانا لينتفعوا بثمرته فبيع فدار الأمر بين أن يشترى بثمنه بستانا فى موضع لا يصل إليهم إلا قيمة الثمرة و بين أن يشترى ملكا آخر يصل إليهم أجرة منفعته فإن الأول و إن كان

مماثلا إلا أنه ليس أقرب إلى غرض الواقف أنه لا دليل على وجوب ملاحظة الأقرب إلى مقصوده إنما اللازم ملاحظة مدلول كلامه فى إنشاء الوقف لتجرى الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها فالحاصل أن الوقف ما دام موجودا بشخصه لا يلاحظ فيه إلا مدلول كلام الواقف و إذا بيع و انتقل الثمن إلى الموقوف عليهم لم يلاحظ فيه إلا مصلحتهم هذا. قال العلامة فى محكى التذكرة كل مورد جوزنا بيع الوقف فإنه يباع و يصرف الثمن إلى جهة الوقف فإن أمكن شراء مثل تلك العين مما ينتفع به كان أولى و إلا جاز شراء كل ما يصح وقفه و إلا صرف الثمن إلى الموقوف عليه يعمل فيه ما شاء لأن فيه جمعا بين التوصل إلى غرض الواقف من نفع الموقوف عليه على الدوام و بين النص الدال على عدم جواز مخالفة الواقف حيث شرط التأبيد فإذا لم يمكن التأبيد بحسب الشخص و أمكن بحسب النوع وجب لأنه موافق لغرض الواقف و داخل تحت الأول الذى وقع عليه العقد و مراعاة الخصوصية الكلية تفضى إلى فوات الغرض بأجمعه و لأن قصر الثمن على البائعين يقتضى خروج باقى البطون عن الاستحقاق بغير وجه مع أنهم يستحقون من الوقف كما يستحق البطن الأول و تعذر وجودهم حال الوقف و قال بعض علمائنا و الشافعية إن ثمن الوقف كقيمة الموقوف إذا تلف فيصرف الثمن على الموقوف عليهم على رأى انتهى. و لا يخفى عليك مواقع الرد و القبول فى كلامه رحمه الله ثم إن المتولى للبيع هو البطن الموجود بضميمة الحاكم القيم من قبل سائر البطون و يحتمل أن يكون هذا إلى الناظر إن كان لأنه المنصوب لمعظم الأمور الراجعة إلى الوقف إلا أن يقال بعدم انصراف وظيفته المجعولة من قبل الواقف إلى التصرف فى نفس العين و الظاهر سقوط نظارته عن بدل الوقف و يحتمل بقاؤها لتعلق حقه بالعين الموقوفة فيتعلق ببدلها ثم إنه لو لم يمكن شراء بدله و لم يكن الثمن مما ينتفع به مع بقاء عينه كالنقدين فلا يجوز دفعه إلى البطن الموجود لما عرفت من كونه كالمبيع مشتركا بين جميع البطون و حينئذ فيوضع عند أمين حتى يتمكن من شراء ما ينتفع به و لو مع الخيار إلى مدة و لو طلب ذلك البطن الموجود فلا يبعد وجوب إجابته و لا يعطل الثمن حتى يوجد ما يشترى به من غير خيار. نعم لو رضى الموجود بالاتجار به و كانت المصلحة فى التجارة جازت مع المصلحة إلى أن يوجد البدل و الربح تابع للأصل و لا يملكه الموجودون لأنه جزء من المبيع و ليس كالنماء الحقيقى. ثم لا فرق فى جميع ما ذكرنا من جواز البيع مع خراب الوقف بين عروض الخراب لكله أو بعضه فيباع البعض المخروب و يجعل بدله ما يكون وقفا و لو كان صرف ثمنه فى باقيه بحيث يوجب زيادة منفعة جاز مع رضا الكل لما عرفت من كون الثمن ملكا للبطون فلهم التصرف فيه على ظن المصلحة و منه يعلم جواز صرفه فى وقف آخر عليهم على نحو هذا الوقف فيجوز صرف ثمن ملك مخروب فى تعمير وقف آخر عليهم و لو خرب بعض الوقف و خرج عن الانتفاع و بقى بعضه محتاجا إلى عمارة لا يمكن بدونها انتفاع البطون اللاحقة فهل يصرف ثمن المخروب إلى عمارة الباقى و إن لم يرض البطن الموجود وجهان آتيان فيما إذا احتاج إصلاح الوقف بحيث لا يخرج عن قابلية انتفاع البطون اللاحقة إلى صرف منفعته الحاضرة التى يستحقها البطن الموجود إذا لم يشترط الواقف إخراج مئونة الوقف عن منفعته قبل قسمته فى الموقوف عليهم و هنا فروع أخر يستخرجها الماهر بعد التأمل.

الصورة الثانية أن يخرب بحيث يسقط عن الانتفاع المعتد به

بحيث يصدق عرفا أنه لا منفعة فيه كدار تهدمت فصارت عرصة تؤجر للانتفاع بها بأجرة لا تبلغ شيئا معتدا به فإن كان ثمنه على تقدير البيع لا يعطى به إلا ما كانت منفعته كمنفعة العرصة فلا ينبغى الإشكال فى عدم الجواز و إن كان يعطى بثمنه ما تكون منفعته أكثر من منفعة العرصة بل ساوت منفعة الدار ففى جواز البيع وجهان من عدم دليل على الجواز مع قيام المقتضى للمنع و هو ظاهر المشهور حيث قيدوا الخراب المسوغ للبيع بكونه بحيث لا يجدى نفعا. و قد تقدم التصريح من العلامة فى التحرير بأنه لو انهدمت الدار لم تخرج العرصة من الوقف و لم يجز بيعها اللهم إلا أن يحمل النفع المنفى فى كلام المشهور على النفع المعتد به بحسب حال العين فإن الحمام الذى يستأجر كل سنة مائة دينار إذا صار عرصة تؤجر كل سنة خمسة دراهم أو عشرة لغرض جزئى كجمع الزبائل فيها و نحوه يصدق عليه أنه لا يجدى نفعا و كذا القرية الموقوفة فإن خرابها بغور أنهارها و هلاك أهلها و لا يكون بسلب منافع أراضيها رأسا و

يشهد لهذا ما تقدم عن التحرير من جعل عرصة الدار المنهدمة مواتا لا ينتفع بها بالكلية مع أنها كثيرا ما تستأجر للأغراض الجزئية فالظاهر دخول الصورة المذكورة فى إطلاق كلام من سوغ البيع عند خرابه بحيث لا يجدى نفعا و يشمله الإجماع المدعى فى الانتصار و الغنية لكن الخروج بذلك عن عموم أدلة وجوب العمل بمقتضى وقف الواقف الذى هو حبس العين و عموم قوله ع لا يجوز شراء الوقف مشكل. و يؤيد المنع حكم أكثر من تأخر عن الشيخ بالمنع عن بيع النخلة المنقلعة بناء على جواز الانتفاع بها فى وجوه أخر كالتسقيف و جعلها جسرا و نحو ذلك بل ظاهر المختلف حيث جعل النزاع بين الشيخ و الحلى رحمهما الله لفظيا حيث نزل تجويز الشيخ على صورة عدم إمكان الانتفاع به فى منفعة أخرى الإنفاق على المنع إذا حصل فيه انتفاع و لو قليلا كما يظهر من التمثيل بجعله جسرا. نعم لو كان قليلا فى الغاية بحيث يلحق بالمعدوم أمكن الحكم بالجواز لانصراف

المكاسب، ج ۲، ص ۱۷۰

قوله ع لا يجوز شراء الوقف إلى غير هذه الحالة و كذا حبس العين و تسبيل المنفعة إنما يجب الوفاء به ما دامت المنفعة المعتد بها موجودة و إلا فمجرد حبس العين و إمساكه و لو من دون منفعة لو وجب الوفاء به لمنع عن البيع فى الصورة الأولى ثم إن الحكم المذكور جار فيما إذا صارت منفعة الموقوف قليلة لعارض آخر غير الخراب لجريان ما ذكرناه فيه ثم إنك قد عرفت فيما سبق أنه ذكر بعض أن جواز بيع الوقف لا يكون إلا مع بطلان الوقف و عرفت وجه النظر فيه ثم وجه بطلان الوقف فى الصورة الأولى بفوات شرط الوقف المراعى فى الابتداء و الاستدامة و هو كون العين مما ينتفع بها مع بقاء عينها. و فيه ما عرفت سابقا من أن بطلان الوقف بعد انعقاده صحيحا لا وجه له فى الوقف المؤبد مع أنه لا دليل عليه مضافا إلى أنه لا دليل على اشتراط الشرط المذكور فى الاستدامة فإن الشرط فى العقود الناقلة يكفى وجوده حين النقل فإنه قد يخرج المبيع عن المالية و لا يخرج بذلك عن ملك المشترى مع أن جواز بيعه لا يوجب الحكم بالبطلان بل يوجب خروج الوقف عن اللزوم إلى الجواز كما تقدم ثم ذكر أنه قد يقال بالبطلان أيضا بانعدام عنوان الوقف فيما إذا وقف بستانا مثلا ملاحظا فى عنوان وقفه البستانية فخربت حتى خرجت عن قابلية ذلك فإنه و إن لم تبطل منفعتها أصلا لإمكان الانتفاع بها دارا مثلا لكن ليس من عنوان الوقف و احتمال بقاء العرصة على الوقف باعتبار أنها جزء من الوقف و هى باقية و خراب غيرها و إن اقتضى بطلانه فيه لا يقتضى بطلانه فيها يدفعه أن العرصة كانت جزء من الوقف من حيث كونه بستانا لا مطلقا فهى حينئذ جزء عنوان الوقف الذى قد فرض خرابه و لو فرض إرادة وقفها ليكون بستانا أو غيره لم يكن إشكال فى بقائها لعدم ذهاب عنوان الوقف و ربما يؤيد ذلك فى الجملة ما ذكروه فى باب الوصية من أنه لو أوصى بدار فانهدمت قبل موت الموصى بطلت الوصية لانتفاء موضوعها. نعم لو لم تكن الدارية و البستانية و نحو ذلك مثلا عنوانا للوقف و إن قارنت وقفه بل كان المراد به الانتفاع به فى كل وقت على حسب ما يقبله لم يبطل الوقف بتغير أحواله ثم ذكر أن فى عود الوقف إلى ملك الواقف أو وارثه بعد البطلان أو الموقوف عليه وجهين. أقول يرد على ذلك ما قد يقال بعد الإجماع على أن انعدام العنوان لا يوجب بطلان الوقف بل و لا جواز البيع و إن اختلفوا فيه عند الخراب أو خوفه لكنه غير تغير العنوان كما لا يخفى أنه لا وجه للبطلان بانعدام العنوان لأنه إن أريد العنوان ما جعل مفعولا فى قوله وقفت هذا البستان فلا شك أنه ليس إلا كقوله بعت هذا البستان أو وهبته فإن التمليك المعلق بعنوان لا يقتضى دوران الملك مدار العنوان فالبستان إذا صار ملكا فقد ملك منه كل جزء خارجى و إن لم يكن فى ضمن عنوان البستان و ليس التمليك من قبيل الأحكام الجعلية المتعلقة بالعنوانات و إن أريد بالعنوان شىء آخر فهو خارج عن مصطلح أهل العرف و العلم و لا بد من بيان المراد منه هل يراد ما اشترط لفظا أو قصدا فى الموضوع زيادة على عنوانه. و أما تأييد ما ذكر بالوصية فالمناسب أن يقاس ما نحن فيه بالوصية بالبستان بعد تمامها و خروج البستان عن ملك الموصى بموته و قبول الموصى له فهل يرضى أحد بالتزام بطلان الوصية بصيرورة البستان عرصة. نعم الوصية قبل تمامها يقع الكلام فى بقائها و بطلانها من جهات أخر ثم ما ذكره من الوجهين مما لا يعرف له وجه بعد إطباق كل من قال بخروج الوقف المؤبد عن ملك الواقف على عدم عوده إليه أبدا.

الصورة الثالثة أن يخرب بحيث تقل منفعته لكن لا إلى حد يلحق بالمعدوم

و الأقوى هنا المنع و هو الظاهر من الأكثر فى مسألة النخلة المنقلعة حيث جوز الشيخ فى محكى الخلاف بيعها محتجا بأنه لا يمكن الانتفاع بها إلا على هذا الوجه لأن الوجه الذى شرطه الواقف قد بطل و لا يرجى عوده و منعه الحلى قائلا و لا يجوز بيعها بل ينتفع بها بغير البيع مستندا إلى وجوب بقاء الوقف على حاله مع إمكان الانتفاع و زوال بعض المنافع لا يستلزم زوال جميعها لإمكان التسقيف بها و نحوه. و حكى موافقته عن الفاضلين و الشهيدين و المحقق الثانى و أكثر المتأخرين. و حكى فى الإيضاح عن والده قدس سرهما أن النزاع بين الشيخ و الحلى لفظى و استحسنه لأن فى تعليل الشيخ اعترافا بسلب جميع منافعها و الحلى فرض وجود منفعة لها و منع لذلك بيعها و قيل يمكن بناء نزاعهما على رعاية المنفعة المعد لها الوقف كما هو الظاهر من تعليل الشيخ و لا يخلو عن تأمل. و كيف كان فالأقوى هنا المنع و أولى منه بالمنع ما لو قلت منفعة الوقف من دون خراب فلا يجوز بذلك البيع إلا إذا قلنا بجواز بيعه إذا كان أعود و سيجىء تفصيله.

الصورة الرابعة أن يكون بيع الوقف أنفع و أعود للموقوف

و الظاهر أن المراد منه أن يكون ثمن الوقف أزيد نفعا من المنفعة الحاصلة تدريجا مدة وجود الموقوف عليه و قد نسب جواز البيع هنا إلى المفيد و قد تقدمت عبارته فراجع. و زيادة النفع قد تلاحظ بالنسبة إلى البطن الموجود و قد تلاحظ بالنسبة إلى جميع البطون إذا قيل بوجوب شراء بدل الوقف بثمنه و الأقوى المنع مطلقا وفاقا للأكثر بل الكل بناء على ما تقدم من عدم دلالة قول المفيد على ذلك و على تقديره فقد تقدم عن التحرير أن كلام المفيد متأول و كيف كان فلا إشكال فى المنع لوجود مقتضى المنع و هو وجوب العمل على طبق إنشاء الواقف. و قوله ع: لا يجوز شراء الوقف و غير ذلك و عدم ما يصلح للمنع عدا رواية ابن محبوب عن على بن رئاب عن جعفر بن حنان قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل وقف غلة له على قرابته من أبيه و قرابته من أمه و أوصى لرجل و لعقبه من تلك الغلة ليس بينه و بينه قرابة بثلاثمائة درهم فى كل سنة و يقسم الباقى على قرابته من أبيه و قرابته من أمه فقال جائز للذى أوصى له بذلك قلت أ رأيت إن لم يخرج من غلة تلك الأرض التى أوقفها إلا خمسمائة درهم فقال أ ليس فى وصيته أن يعطى الذى أوصى له من تلك الغلة ثلاثمائة درهم و يقسم الباقى على قرابته من أبيه

المكاسب، ج۲، ص ۱۷۱

و أمه قلت نعم قال ليس لقرابته أن يأخذوا من الغلة شيئا حتى يوفوا الموصى له ثلاثمائة درهم ثم لهم ما يبقى بعد ذلك قلت أ رأيت إن مات الذى أوصى له قال إن مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها بينهم فأما إذا انقطع ورثته فلم يبق منهم أحد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت يرد إلى ما يخرج من الوقف ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا و بقيت الغلة قلت فللورثة من قرابة الميت أن يبيعوا الأرض إن احتاجوا إليها و لم يكفهم ما يخرج من الغلة قال نعم إذا رضوا كلهم و كان البيع خيرا لهم باعوا. و الخبر المروى عن الاحتجاج: إن الحميرى كتب إلى صاحب الزمان جعلنى الله فداه أنه روى عن الصادق ع خبر مأثور إذا كان الوقف على قوم بأعيانهم و أعقابهم فاجتمع أهل الوقف على بيعه و كان ذلك أصلح لهم أن يبيعوه فهل يجوز أن يشترى من بعضهم إن لم يجتمعوا كلهم على البيع أم لا يجوز إلا أن يجتمعوا كلهم على ذلك و عن الوقف الذى لا يجوز بيعه فأجاب ع إذا كان الوقف على إمام المسلمين فلا يجوز بيعه و إذا كان على قوم من المسلمين فليبع كل قوم ما يقدرون على بيعه مجتمعين و مفترقين إن شاء الله دلت على جواز البيع إما فى خصوص ما ذكره الراوى و هو كون البيع أصلح و إما مطلقا بناء على عموم الجواب لكنه مقيد بالأصلح لمفهوم رواية جعفر كما أنه يمكن حمل اعتبار رضا الكل فى رواية جعفر على صورة بيع تمام الوقف لا اعتباره بما فى بيع كل واحد بقرينة رواية الاحتجاج. و يؤيد المطلب صدر رواية ابن مهزيار الآتية لبيع حصة ضيعة الإمام ع من الوقف. و الجواب عن رواية جعفر فإنها

إنما تـدل على الجواز مع حاجـة الموقوف عليهم لاـ لمجرد كون البيع أنفع فـالجواز مشـروط بالأـمرين كما تقـدم عن ظاهر النزهـة و سيجىء الكلاـم فى هـذا القول بل يمكن أن يقال إن المراد بكون البيع خيرا لهم مطلق النفع الـذى يلاحظه الفاعل ليكون منشأ لإرادته فليس مراد الإمام ع بيان اعتبار ذلك تعبدا بل المراد بيان الواقع الذى فرضه السائل يعنى إذا كان الأمر على ما ذكرت من المصلحة فى بيعه جـاز كمـا يقـال إذا أردت الـبيع و رأيته أصلح من تركه فبع و هـذا ممـا لاـ يقـول به أحـد و يحتمـل أيضـا أن يراد من الخير هو خصـوص رفع الحاجـة الـتى فرضـها السائـل. و عن المختلف و جماعـة الجواب عنهـا بعـدم ظهورهـا فى المؤبـد لاقتصارهـا على ذكر الأعقاب و فيه نظر لأن الاقتصار فى مقام الحكايـة لا يـدل على الاختصاص إذ يصـح أن يقال فى الوقف المؤبـد إنه وقف على الأولاد مثلا و حينئـذ فعلى الإمام ع أن يسـتفصل إذا كان بين المؤبـد و غيره فرق فى الحكم فافهم و كيف كان ففى الاسـتدلال بالرواية مع ما فيها من الإشـكال على جواز البيع بمجرد الأنفعيـة إشـكال مع عـدم الظفر بالقائل به عـدا ما يوهمه ظاهر عبارة المفيـد المتقدمـة. و مما ذكرنا يظهر الجواب عن رواية الحميرى ثم لو قلنا فى هذه الصورة بالجواز كان الثمن للبطن الأول البائع يتصـرف فيه على ما شاء و منه يظهر وجه آخر لمخالفة الروايتين للقواعد فإن مقتضـى كون العين مشتركة بين البطون كون بدلها كذلك كما تقدم من استحالة كون بدله ملكا لخصوص البائع فيكون تجويز البيع فى هذه الصورة و التصـرف فى الثمن رخصة من الشارع للبائع فى إسـقاط حق اللاحقين آنا ما قبل البيع نظير الرجوع فى الهبة المتحقق ببيع الواهب لئلا يقع البيع على المال المشترك فيستحيل كون بدله مختصا.

الصورة الخامسة أن يلحق الموقوف عليهم ضرورة شديدة

و قـد تقـدم عن جماعـة تجويز البيع فى هذه الصورة بل عن الانتصار و الغنية الإجماع عليه و تدل عليه رواية جعفر المتقدمة و يرده أن ظاهر الروايـة أنه يكفى فى البيع عـدم كفاية غلة الأرض لمئونة سـنة الموقوف عليهم كما لا يخفى و هذا أقل مراتب الفقر الشـرعى. و المـأخوذ من عبـائر من تقـدم من المجوزين اعتبار الضـرورة و الحاجـة الشديـدة و بينها و بين مطلق الفقير عموم من وجه إذ قـد يكون فقيرا و لا يتفق له حاجة شديدة بل مطلق الحاجة لوجدانه من مال الفقراء ما يوجب التوسعة عليه و قد يتفق الحاجة و الضرورة الشديدة فى بعض الأوقات لمن يقدر على مئونة سـنته فالرواية بظاهرها غير معمول بها مع أنه قد يقال إن ظاهر الجواب جواز البيع بمجرد رضـا الكـل و كون البيع أنفع و لو لم يكن حاجـة و كيف كـان فلاـ يبقى للجواز عنـد الضـرورة الشديـدة إلا الإجماعان المعتضـدان بفتوى جماعـة و فى الخروج بهما عن قاعدة عدم جواز البيع و عن قاعدة وجوب كون الثمن على تقدير البيع غير مختص بالبطن الموجود مع وهنهما بمصير جمهور المتأخرين و جماعة من القدماء إلى الخلاف بل معارضتهما بالإجماع المدعى فى السرائر إشكال.

الصورة السادسة أن يشترط الواقف بيعه عند الحاجة أو إذا كان فيه مصلحة

للبطن الموجود أو جميع البطون أو عنـد مصـلحة خاصـة على حسب ما يشترط فقـد اختلفت كلمات العلامـة و من تأخر عنه فى ذلك فقال فى الإرشاد لو شـرط بيع الوقف عند حصول ضـرر كالخراج و المؤن من قبل الظالم و شـراء غيره بثمنه فالوجه الجواز انتهى و فى القواعد و لو شـرط بيعه عند الضـرورة كزيادة خراج و شبهه و شراء غيره بثمنه أو عند خرابه و عطلته أو خروجه عن حد الانتفاع أو قلة نفعه ففى صـحة الشـرط إشـكال و مع البطلاـن ففى إبطـال الوقف نظر انتهى و ذكر فى الإيضاح فى وجه الجواز روايـة جعفر بن حنان المتقدمة قال فإذا جاز بغير شـرط فمع الشرط أولى و فى وجه المنع أن الوقف للتأبيد و البيع ينافيه قال و الأصح أنه لا يجوز بيع الوقف بحـال انتهى قـال الشـهيد فى الـدروس و لو شـرط الواقف بيعه عنـد حـاجتهم أو وقوع الفتنـة بينهم فأولى بالجواز انتهى و يظهر منه أن للشـرط تـأثيرا و أنه يحتمـل المنع من دون الشـرط و التجويز معه. و عن المحقق الكركى أنه قال التحقيق أن كل موضع قلنا بجواز بيع الوقف يجوز اشتراط البيع فى الوقف إذا بلغ تلك الحالة لأنه شرط مؤكد و ليس بمناف للتأبيد المعتبر فى الوقف لأنه مقيد واقعا بعدم حصول أحد أسباب البيع و إلا فلا للمنافاة فلا يصح حينئذ حبسها لأن اشتراط شراء شيء

المكاسب، ج۲، ص ۱۷۲

بثمنه يكون وقفا مناف لذلك لاقتضائه الخروج عن الملك فلا يكون وقفا و لا حبسا انتهى. أقول و يمكن أن يقال بعد التمسك فى الجواز بعموم الوقوف على حسب ما يوقفها أهلها و المؤمنون عند شروطهم بعدم ثبوت كون جواز البيع منافيا لمقتضى الوقف فلعله مناف لإطلاقه و لذا يجتمع الوقف مع جواز البيع عند طرو مسوغاته فإن التحقيق كما عرفت سابقا أن جواز البيع لا يبطل الوقف بل هو وقف يجوز بيعه فإذا بيع خرج عن كونه وقفا ثم إنه لو سلم المنافاة فإنما هو بيعه للبطن الموجود و أكل ثمنه و أما تبديله بوقف آخر فلا تنافى بينه و بين مفهوم الوقف فمعنى كونه حبسا كونه محبوسا من أن يتصرف فيه بعض طبقات الملاك على نحو الملك المطلق و أما حبس شخص الوقف فهو لازم لإطلاقه و تجرده عن مسوغات الإبدال شرعية كانت كخوف الخراب أو بجعل الواقف كالاشتراط فى متن العقد فتأمل. ثم إنه روى صحيحا فى الكافى: ما ذكره أمير المؤمنين ع فى كيفية وقف ماله فى عين ينبع و فيه فإن أراد الحسن أن يبيع نصيبا من المال فيقضى به الدين فليفعل إن شاء لا حرج عليه فيه و إن شاء جعله شروى الملك و إن ولد على و أموالهم إلى الحسن بن على و إن كان دار الحسن بن على غير دار الصدقة فبدا له أن يبيعها فليبعها إن شاء و لا حرج عليه فيه فإن باع فإنه يقسم ثمنها ثلاثة أثلاث فيجعل ثلثا فى سبيل الله و يجعل ثلثا فى بنى هاشم و بنى المطلب و يجعل ثلثا فى آل أبى طالب و أنه يضعه فيهم حيث يراه الله ثم قال و إن حدث بحسن بن على حدث و حسين حى فإن الآخر منهما ينظر فى بنى على إلى أن قال فإنه يجعله فى رجل يرضاه من بنى هاشم و إنه يشترط على الذى يجعله إليه أن يترك المال على أصوله و ينفق الثمرة حيث أمره به من سبيل الله و وجوهه و ذوى الرحم من بنى هاشم و بنى عبد المطلب و القريب و البعيد لا يباع شيء منه و لا يوهب و لا يورث الرواية و ظاهرها جواز اشتراط البيع فى الوقف لنفس البطن الموجود فضلا عن البيع لجميع البطون و صرف ثمنه فيما ينتفعون به و السند صحيح و التأويل مشكل و العمل أشكل.

الصورة السابعة أن يؤدى بقاؤه إلى خرابه علما أو ظنا

و هو المعبر عنه بخوف الخراب فى كثير من العبائر المتقدمة و الأداء إلى الخراب قد يكون للخلف بين أربابه و قد يكون لا له و الخراب المعلوم أو المخوف قد يكون على حد سقوطه من الانتفاع نفعا معتدا به و قد يكون على وجه نقص المنفعة و أما إذا فرض جواز الانتفاع به بعد الخراب بوجه آخر كانتفاعه السابق أو أزيد فلا يجوز بيعه إلا على ما استظهره بعض من تقدم كلامه سابقا من أن تغير عنوان الوقف يسوغ بيعه و قد عرفت ضعفه. و قد عرفت من عبائر جماعة تجويز البيع فى صورة التأدية إلى الخراب و لو لغير الاختلاف و من أخرى تقييدهم به.

الصورة الثامنة أن يقع بين الموقوف عليهم اختلاف لا يؤمن معه تلف المال أو النفس

و إن لم يعلم أو يظن بذلك فإن الظاهر من بعض العبارات السابقة جوازه لذلك خصوصا من عبر بالاختلاف الموجب لخوف الخراب.

الصورة التاسعة أن يؤدى الاختلاف بينهم إلى ضرر عظيم

من غير تقييد بتلف المال فضلا عن خصوص الوقف.

الصورة العاشرة

أن يلزم فساد تستباح منه الأنفس

و الأقوى الجواز مع تأدية البقاء إلى الخراب- على وجه لا ينتفع به نفعا يعتد به عرفا

سواء كان لأجل الاختلاف أم غيره و المنع فى غيره من جميع الصور أما الجواز فى الأول فلما مر من الدليل على جواز بيع ما سقط عن الانتفاع فإن الغرض من عدم البيع عدم انقطاع شخصه فإذا فرض العلم أو الظن بانقطاع شخصه فدار الأمر بين انقطاع شخصه و نوعه و بين انقطاع شخصه لا نوعه كان الثانى أولى فليس فيه منافاة لغرض الواقف أصلا. و أما الأدلة الشرعية فغير ناهضة لاختصاص الإجماع و انصراف النصوص إلى غير هذه الصورة. و أما الموقوف عليهم فالمفروض إذن الموجود منهم و قيام الناظر العام أو الخاص مقام غير الموجود. نعم قد يشكل الأمر فيما لو فرض تضرر البطن الموجود من بيعه للزوم تعطيل الانتفاع إلى زمان وجدان البدل أو كون البدل قليل المنفعة بالنسبة إلى الباقى. و مما ذكر يظهر أنه يجب تأخير البيع إلى آخر أزمنة إمكان البقاء مع عدم فوات الاستبدال فيه- و مع فوته ففى تقديم البيع إشكال و لو دار الأمر بين بيعه و الإبدال به و بين صرف منفعته الحاصلة مدة من الزمان لتعميره ففى ترجيح حق البطن الذى تفوته المنفعة أو حق الواقف و سائر البطون المتأخرة المتعلق بشخص الوقف وجهان لا يخلو أولهما عن قوة إذا لم يشترط الواقف إصلاح الوقف من منفعة مقدما على الموقوف عليه. و قد يستدل على الجواز فيما ذكرنا بما عن التنقيح من أن بقاء الوقف على حاله و الحال هذه إضاعة و إتلاف للمال و هو منهى عنه شرعا فيكون البيع جائزا و لعله أراد الجواز بالمعنى الأعم فلا يرد عليه أنه يدل على وجوب البيع. و فيه أن المحرم هو إضاعة المال المسلط عليه لا ترك المال الذى لا سلطان عليه إلى أن يخرب بنفسه و إلا لزم وجوب تعمير الأوقاف المشرفة على الخراب بغير البيع مهما أمكن مقدما على البيع أو إذا لم يمكن البيع. و الحاصل أن ضعف هذا الدليل بظاهره واضح و يتضح فساده على القول بكون الثمن للبطن الموجود لا غير و يتلوه فى الضعف ما عن المختلف و التذكرة و المهذب و غاية المرام من أن الغرض من الوقف استيفاء منافعه و قد تعذرت فيجوز إخراجه عن حده تحصيلا للغرض منه و الجمود على العين مع تعطيلها تضييع للغرض كما أنه لو تعطل الهدى ذبح فى الحال و إن اختص بموضع فلما تعذر مراعاة المحل ترك مراعاته لتخلص المتعذر. و فيه أن الغرض من الوقف استيفاء المنافع من شخص الموقوف لأنه الذى دلت عليه صيغة الوقف و المفروض تعذره فيسقط و قيام الانتفاع بالنوع مقام الانتفاع بالشخص لكونه أقرب إلى مقصود الواقف فرع الدليل على وجوب اعتبار ما هو الأقرب إلى غرض الواقف بعد تعذر أصل الغرض فالأولى منع جريان أدلة المنع مع خوف الخراب المسقط للمنفعة رأسا و جعل ذلك مؤيدا.

[الدليل على المنع فى غير ما ذكرنا]

اشارة

و أما المنع فى غير هذا القسم من الصورة السابعة و فيما عداها من الصور اللاحقة لها فلعموم قوله ع لا يجوز شراء الوقف و لا تدخل الغلة فى ملكك فإن ترك الاستفصال فيه بين علم المشترى بعدم وقوع بيع الوقف على

المكاسب، ج۲، ص ۱۷۳

بعض الوجوه المجوزة و بين عدمه الموجب لحمل فعل البائع على الصحة يدل على أن الوقف ما دامت له غلة لا يجوز بيعه و كذا قوله ع: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها إن شاء الله. و ما دل على أنه يترك حتى يرثها وارث السماوات و الأرض

[التمسك بالاستصحاب على المنع

هذا كله مضافا إلى الاستصحاب فی جمیع هذه الصور و عدم الدلیل الوارد علیه

[الاستدلال بمكاتبة ابن مهزیار على الجواز فی غیر ما ذكرنا]

عدا المكاتبة المشهورة التی انحصر تمسك كل من جوزه فی هذه الصور فیها و هی مكاتبة ابن مهزیار قال: كتبت إلى أبی جعفر الثانی ع أن فلانا ابتاع ضیعة فأوقفها و جعل لك فی الوقف الخمس و یسأل عن رأیك فی بیع حصتك من الأرض أو تقویمها على نفسه بما اشتراها به أو یدعها موقوفة. فكتب إلی أعلم فلانا أنی آمره أن یبیع حصتی من الضیعة و إیصال ثمن ذلك إلی و أن ذلك رأیی إن شاء الله تعالى أو یقومها على نفسه إن كان ذلك أوفق له قال و كتبت إلیه أن الرجل ذكر أن بین من وقف علیهم هذه الضیعة اختلافا شدیدا و أنه لیس یأمن أن یتفاقم ذلك بینهم بعده فإن كان ترى أن یبیع هذا الوقف و یدفع إلى كل إنسان منهم ما [كان وقف له من ذلك أمرته. فكتب بخطه إلی أعلمه أن رأیی له إن كان قد علم الاختلاف ما بین أصحاب الوقف أن بیع الوقف أمثل فلیبع فإنه ربما جاء فی الاختلاف تلف الأموال و النفوس

[الاستدلال بالمكاتبة على الجواز فیما لو كان الخراب على وجه نقص المنفعة]

حیث إنه یمكن الاستدلال للجواز بها فی القسم الثانی من الصورة السابعة بناء على أن قوله فإنه إلى آخره تعلیل لجواز البیع فی صورة الاختلاف و أن المراد بالمال هو الوقف فإن ضم النفوس إنما هو لبیان الضرر الآخر المترتب على الاختلاف لا أن المناط فی الحكم هو اجتماع الأمرین كما لا یخفى فیكون حاصل التعلیل أنه كلما كان الوقف فی معرض الخراب جاز بیعه و فیه أن المقصود جواز بیعه إذا أدى بقاؤه إلى الخراب علما أو ظنا لا مجرد كونه ربما یؤدی إلیه المجامع للاحتمال المساوی أو المرجوح على ما هو الظاهر من لفظه ربما كما لا یخفى على المتتبع لموارد استعمالاتها و لا أظن أن أحدا یلتزم بجواز البیع بمجرد احتمال أداء بقائه إلى الخراب لأن كلمات من عبر بهذا العنوان كما عرفت بین قولهم أدى بقاؤه إلى خرابه و بین قولهم یخشى أو یخاف خرابه.

و الخوف عند المشهور كما یعلم من سائر موارد إطلاقاتهم مثل قولهم یجب الإفطار و التیمم مع خوف الضرر و یحرم السفر مع خوف الهلاك و لا یتحقق إلا بعد قیام أمارة الخوف هذا مع أن مناط الجواز على ذكر تلف الوقف رأسا و هو القسم الأول من الصورة السابعة التی جوزنا فیها البیع فلا یشمل الخراب الذی لا یصدق معه التلف مع أنه لا وجه بناء على عموم التعلیل للاقتصار على خوف خراب خصوص الوقف بل كلما خیف تلف مال جاز بیع الوقف.

و أما تقریب الاستدلال بالمكاتبة على جواز البیع فی الصورة الثامنة

و هی صورة وقوع الاختلاف الذی ربما أوجب تلف الأموال و النفوس فهو أن الحكم بالجواز معلق على الاختلاف إلا أن قوله ع فإنه ربما إلى آخره مقید بالاختلاف الخاص و هو الذی لا یؤمن معه من التلف لأن العلة تقید المعلول كما فی قولك لا تأكل الرمان لأنه حامض. و فیه أن اللازم على هذا تعمیم الجواز فی كل مورد لا یؤمن معه من تلف الأموال و النفوس و إن لم یكن من جهة اختلاف الموقوف علیهم فیجوز بیع الوقف لإصلاح كل فتنة و إن لم یكن لها دخل فی الوقف اللهم إلا أن یدعى سوق العلة مساق التقریب لا التعلیل الحقیقی حتى یتعدى إلى جمیع موارده لكن تقیید الاختلاف حینئذ بكونه مما لا یؤمن ممنوع و هو الذی فهمه الشهید الثانی رحمه الله فی الروضة كما تقدم كلامه لكن الحكم على هذا الوجه مخالف للمشهور فلا یبقى حینئذ وثوق بالروایة بحیث یرفع الید بها عن العمومات و القواعد مع ما فیها من ضعف الدلالة كما سیجیء إلیه الإشارة.

[الاستدلال بالمكاتبة على الصورة التاسعة و رده.]

و مما ذكرنا يظهر تقريب الاستدلال على الصورة التاسعة و رده.

و أما تقريب الاستدلال على الصورة العاشرة

فهو أن ضم تلف النفس إلى تلف الأموال مع أن خوف تلف الأنفس يتبعه خوف تلف المال غالبا يدل على اعتبار بلوغ الفتنة فى الشدة إلى حيث يخاف منه تلف النفس و لا يكفى بلوغه إلى ما دون ذلك بحيث يخاف منه تلف المال فقط. و فيه أن اللازم على هذا عدم اختصاص موجب الفساد بوقوع الفتنة بين الموقوف عليهم بل يجوز حينئذ بيع الوقف لرفع كل فتنة مع أن ظاهر الرواية كفاية كون الاختلاف بحيث ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس و المقصود كما يظهر من عبارة الجامع المتقدمة هو اعتبار الفتنة التى تستباح بها الأنفس.

[استناد الفتاوى بجواز بيع الوقف إلى ما فهم من المكاتبة المذكورة]

و الحاصل أن جميع الفتاوى المتقدمة فى جواز بيع الوقف الراجعة إلى اعتبار أداء بقاء الوقف علما أو ظنا أو احتمالا إلى مطلق الفساد أو فساد خاص أو اعتبار الاختلاف مطلقا أو اختلاف خاص مستندة إلى ما فهم أربابها من المكاتبة المذكورة

و الأظهر فى مدلولها هو إناطة الجواز

بالاختلاف الذى ربما جاء فيه تلف الأموال و النفوس لا مطلق الاختلاف لأن الذيل مقيد و لا خصوص المؤدى علما أو ظنا لأن موارد استعمال لفظة ربما أعم من ذلك و لا مطلق ما يؤدى إلى المحذور المذكور لعدم ظهور الذيل فى التعليل بحيث يتعدى عن مورد النص و إن كان فيه إشارة إلى التعليل.

[الإيراد على المكاتبة بإعراض المشهور عنها]

و على ما ذكرنا فالمكاتبة غير معنى بها عند المشهور لأن الظاهر اعتبارهم العلم أو الظن بأداء بقائه إلى الخراب الغير اللازم للفتنة الموجبة لاستباحة الأموال و الأنفس فتكون النسبة بين فتوى المشهور و مضمون الرواية عموما من وجه لكن الإنصاف أن هذا لا يمنع من جبر ضعف دلالة الرواية و قصور مقاومتها للعمومات المانعة بالشهرة لأن اختلاف فتاوى المشهور إنما هو من حيث الاختلاف فى فهم المناط الذى أنيط به الجواز من قوله ع إن كان قد علم الاختلاف المنضم إلى قوله فإنه ربما جاء فى الاختلاف.

[الإيراد على المكاتبة بعدم ظهورها فى الوقف المؤبد أو ظهورها فى عدم إقباض الموقوف عليهم

و أما دلالة المكاتبة على كون مورد السؤال هو الوقف المؤبد التام فهى على تقدير قصورها منجبرة بالشهرة فيندفع بها ما يدعى من قصور دلالتها من جهات مثل عدم ظهورها فى المؤبد لعدم ذكر البطن اللاحق و ظهورها فى عدم إقباض الموقوف عليهم و عدم تمام الوقف كما عن الإيضاح و أوضحه الفاضل المحدث المجلسى و جزم به المحدث البحرانى و مال إليه فى الرياض. قال الأول فى بعض حواشيه على بعض كتب الأخبار إنه يخطر بالبال أنه يمكن حمل الخبر على ما إذا لم يقبضهم الضيعة الموقوف

المكاسب، ج ۲، ص ۱۷۴

عليهم و لم يدفعها إليهم و حاصل السؤال أن الواقف يعلم أنه إذا دفعها إليهم يحصل بينهم الاختلاف و يشتد لحصول الاختلاف بينهم قبل الدفع إليهم فى تلك الضيعة أو فى أمر آخر فهل يدعها موقوفة و يدفعها إليهم أو يرجع عن الوقف لعدم لزومه بعد و يدفع إليهم

ثمنها أيهما أفضل انتهى موضع الحاجة.

و الإنصاف أنه توجيه حسن لكن ليس في السؤال ما يوجب ظهوره في ذلك فلا- يجوز رفع اليد عن مقتضى ترك الاستفصال في الجواب كما أن عدم ذكر البطن اللاحق لا يوجب ظهور السؤال في الوقف المنقطع إذ كثيرا ما يقتصر في مقام حكاية وقف مؤبد على ذكر بعض البطون فترك الاستفصال عن ذلك يوجب ثبوت الحكم للمؤبد. و الحاصل أن المحتاج إلى الانجبار بالشهرة ثبوت حكم الرواية للوقف التام المؤبد لا- تعيين ما أنيط به الجواز من كونه مجرد الفتنة أو ما يؤدي الفتنة إليه أو غير ذلك مما تقدم من الاحتمالات في الفقرتين المذكورتين. نعم يحتاج إلى الاعتضاد بالشهرة من جهة أخرى و هي أن مقتضى القاعدة كما عرفت لزوم كون بدل الوقف كنفسه مشتركا بين جميع البطون و ظاهر الرواية تقريره للسائل في تقسيم ثمن الوقف على الموجودين فلا بد إما من رفع اليد عن مقتضى المعاوضة إلا بتكلف سقوط حتى سائر البطون عن الوقف آنا ما قبل البيع لتقع المعاوضة في مالهم و إما من حمل السؤال على الوقف المنقطع أعني الحبس الذي لا إشكال في بقائه على ملك الواقف أو على الوقف غير التام لعدم القبض أو لعدم تحقق صيغة الوقف و إن تحقق التوطين عليه و تسميته وقفا بهذا الاعتبار. و يؤيده تصدي الواقف بنفسه للبيع إلا أن يحمل على كونه ناظرا أو يقال إنه أجنبي استأذن الإمام ع في بيعه عليهم حسبة بل يمكن أن يكون قد فهم الإمام ع من جعل السائل قسمة الثمن بين الموجودين مفروغا عنها مع أن المركوز في الأذهان اشتراك جميع البطون في الوقف و بدله أن مورد السؤال هو الوقف الباقي على ملك الواقف لانقطاعه أو لعدم تمامه. و يؤيده أن ظاهر صدره المتضمن لجعل الخمس من الوقف للإمام هو هذا النحو أيضا إلا أن يصلح هذا الخلل و أمثاله بفهم الأصحاب الوقف المؤبد التام و يقال إنه لا بأس بجعل الخبر المعتضد بالشهرة مخصصا لقاعدة المنع عن بيع الوقف و موجبا لتكلف الالتزام بسقوط حق اللاحقين عن الوقف عند إرادة البيع أو بمنع تقرير الإمام ع للسائل في قسمة الثمن إلى الموجودين.

[القدر المتيقن من المكاتبة]

و يبقى الكلام في تعيين المحتملات في مناط جواز البيع و قد عرفت الأظهر منها لكن في النفس شيء من الجزم بظهوره فلو اقتصر على المتيقن من المحتملات و هو الاختلاف المؤدي علما أو ظنا إلى تلف خصوص مال الوقف و نفوس الموقوف عليهم كان أولى و الفرق بين هذا و القسم الأول من الصورة السابعة الذي جوزنا فيه البيع أن المناط في ذلك القسم العلم أو الظن بتلف الوقف رأسا. و المناط هنا خراب الوقف الذي يتحقق به تلف المال و إن لم يتلف الوقف فإن الزائد من المقدار الباقي مال قد تلف

[المراد من التلف في المكاتبة]

و ليس المراد من التلف في الرواية تلف الوقف رأسا حتى يتحد مع ذلك القسم المتقدم إذ لا- يتناسب هذا ما هو الغالب في تلف الضيعة التي هي مورد الرواية فإن تلفها غالبا لسقوطها عن المنفعة المطلوبة منها بحسب شأنها

[هل الثمن للبطن الموجود أو يشتري به ما يكون وقفا]

ثم إن الظاهر من بعض العبائر المتقدمة بل المحكي عن الأكثر أن الثمن في هذا البيع للبطن الموجود إلا أن ظاهر كلام جماعة بل صريح بعضهم كجامع المقاصد هو أنه يشترى بثمنه ما يكون وقفا على وجه يندفع به الخلف تحصيلا لمطلوب الواقف بحسب الإمكان و هذا منه قدس سره مبني على منع ظهور الرواية في تقرير السائل في قسمة الثمن على الموجودين أو على منع العمل بهذا التقرير في مخالفة مقتضى قاعدة المعاوضة من اشتراك جميع البطون في البدل كالمبدل لكن الوجه الثاني ينافي قوله باختصاص

الموجودين بثمن ما يباع للحاجة الشديدة تمسكا برواية جعفر فتعين الأول و هو منع التقرير لكنه خلاف مقتضى التأمل فى الرواية.

و أما الوقف المنقطع

اشارة

و هو ما إذا وقف على من ينقرض- بناء على صحته كما هو المعروف- فإما أن نقول ببقائه على ملك الواقف و إما أن نقول بانتقاله إلى الموقوف عليهم و على الثانى فإما أن يملكوه ملكا مستقرا بحيث ينتقل منهم إلى ورثتهم عند انقراضهم و إما أن يقال بعوده إلى ملك الواقف و إما أن يقال بصيرورته فى سبيل الله

[هل يجوز بيع الوقف المنقطع أم لا]

فعلى الأول لا يجوز للموقوف عليهم البيع لعدم الملك و فى جوازه للواقف مع جهالة مدة استحقاق الموقوف عليهم إشكال- من حيث لزوم الغرر بجهالة وقت استحقاق التسليم التام على وجه ينتفع به و لذا منع الأصحاب كما فى الإيضاح على ما حكى عنهم بيع مسكن المطلقة المعتدة بالأقراء لجهالة مدة العدة مع عدم كثرة التفاوت. نعم المحكى عن جماعة كالمحقق و الشهيدين فى المسالك و الدروس و غيرهم صحة البيع فى السكنى الموقتة بعمر أحدهما بل ربما يظهر من محكى التنقيح الإجماع عليه و لعله إما لمنع الغرر و إما للنص و هو ما رواه المشايخ الثلاثة فى الصحيح أو الحسن عن الحسين بن نعيم قال: سألت أبا الحسن ع عن رجل جعل داره سكنى لرجل زمان حياته أو جعلها له و لعقبه من بعده قال هى له و لعقبه من بعده كما شرط قلت فإن احتاج إلى بيعها أ يبيعها قال نعم قلت فينقض بيعه الدار السكنى قال لا ينقض البيع السكنى كذلك سمعت أبى يقول قال أبو جعفر لا ينقض البيع الإجارة و لا السكنى و لكن يبيعه على أن الذى يشتريه لا يملك ما اشترى حتى ينقضى السكنى على ما شرط إلى آخر الخبر. و مع ذلك فقد توقف فى المسألة العلامة و ولده و المحقق الثانى و لو باعه من الموقوف عليه المختص بمنفعة الوقف فالظاهر جوازه لعدم الغرر و يحتمل العدم لأن معرفة المجموع المركب من ملك البائع و حق المشترى لا توجب معرفة البيع و كذا لو باعه ممن انتقل إليه حق الموقوف عليه. نعم لو انتقل إلى الواقف ثم باع صح جزما و أما مجرد رضا الموقوف عليهم فلا يجوز البيع من الأجنبى لأن المنفعة مال لهم فلا تنتقل إلى المشترى بلا عوض اللهم إلا أن يكون على وجه الإسقاط لو صححناه منهم أو تكون المعاملة مركبة من نقل العين من طرف الواقف و نقل المنفعة من قبل الموقوف عليهم فيكون العوض موزعا عليهما و لا بد أن يكون

المكاسب، ج۲، ص ۱۷۵

ذلك على وجه الصلح لأن غيره لا يتضمن نقل العين و المنفعة كليهما خصوصا مع جهالة المنفعة و مما ذكرنا يظهر وجه التأمل فيما حكى عن التنقيح من أنه لو اتفق الواقف و الموقوف عليه على البيع فى المنقطع جاز سواء أراد بيع الواقف أم بيع الموقوف عليه كما يدل كلامه عليه المحكى عنه فى مسألة السكنى- حيث أجاز استقلال مالك العين بالبيع و لو من دون رضا مالك الانتفاع أو المنفعة. نعم لو كان للموقوف عليه حق الانتفاع من دون تملك للمنفعة كما فى السكنى على قول صح ما ذكره لإمكان سقوط الحق بالإسقاط بخلاف المال فتأمل. و تمام الكلام فى هذه المسائل فى باب السكنى و الحبس إن شاء الله.

[حكم البيع بناء على صيرورته ملكا مستقرا للموقوف عليهم

و على الثانى فلا يجوز البيع للواقف لعدم الملك و لا للموقوف عليه لاعتبار الواقف بقاؤه فى يدهم إلى انقراضهم.

[حكم البيع بناء على عوده إلى ملك الواقف

و على الثالث فلا يجوز البيع للموقوف عليه و إن أجاز الواقف لمنافاته لاعتبار الواقف فى الوقف بقاء العين كما لا يجوز أيضا للواقف لغير المالك فعلا و إن أجاز الموقوف عليه إلا إذا جوزنا بيع ملك الغير مع عدم اعتبار مجيز له فى الحال على أن الموقوف عليه الذى هو المالك فعلا ـ ليس له الإجازة لعدم تسلطه على النقل فإذا انقرض الموقوف عليه و ملكه الواقف لزم البيع ثم إنه قد أورد على القاضى قدس سره حيث جوز الموقوف عليه بيع الوقف المنقطع مع قوله ببقاء الوقف المنقطع على ملك الواقف و يمكن رفع التنافى بكونه قائلا بالوجه الثالث من الوجوه المتقدمة و هو ملك الموقوف عليهم ثم عوده إلى الواقف إلا أن الكلام فى ثبوت هذا القول بين من اختلف فى مالك الموقوف فى الوقف المنقطع و يتضح ذلك بمراجعة المسألة فى كتاب الوقف.

[حكم البيع بناء على صيرورته فى سبيل الله

و على الرابع فالظاهر أن حكمه حكم الوقف المؤبد كما صرح به المحقق الثانى على ما حكى عنه لأنه حقيقة وقف مؤبد كما لو صرح بكونه فى سبيل الله بعد انقراض الموقوف عليه الخاص ثم إن ما ذكرنا فى حكم الوقف المنقطع فإنما هو بالنسبة إلى البطن الذى لا بطن بعده يتلقى الملك من الواقف و أما حكم بيع بعض البطون مع وجود من بعدهم فإن قلنا بعدم تملكهم للمنقطع فهو كما تقدم و أما على تقدير القول بملكهم فحكم بيع غير الأخير من البطون حكم بيع بعض البطون فى الوقف المؤبد فيشترك معه فى المنع فى الصور التى منعنا و فى الجواز فى الصورة التى جوزنا لاشتراك دليل المنع و يتشاركان أيضا فى حكم الثمن بعد المبيع.

و أما الوقف المنقطع

مسألة و من أسباب خروج الملك عن كونه طلقا صيرورة المملوكة أم ولد لسيدها

اشارة

فإن ذلك يوجب منع المالك عن بيعها بلا خلاف بين المسلمين على الظاهر المحكى عن مجمع الفائدة. و فى بعض الأخبار دلالة على كونه من المنكرات فى صدر الإسلام مثل ما: روى عن قول أمير المؤمنين لمن سأله عن بيع أمة أرضعت ولده قال له خذ بيدها و قل من يشترى أم ولدى.

و فى حكم البيع كل تصرف ناقل للملك غير المستعقب بالعتق أو مستلزم للنقل كالرهن

كما يظهر من تضاعيف كلماتهم فى جملة من الموارد منها جعل أم ولد ملكا غير طلق كالوقف و الرهن و قد عرفت أن المراد من الطلق تمامية الملك و الاستقلال فى التصرف فلو جاز الصلح عنها و هبتها لم تخرج عن كونها طلقا بمجرد عدم جواز إيقاع عقد البيع عليها كما أن المجهول الذى يصح الصلح عنه و هبته و الإبراء عنه و لا يجوز بيعه لا يخرج عن كونه طلقا. و منها كلماتهم فى رهن أم الولد فلاحظها. و منها كلماتهم فى استيلاد المشترى فى زمان خيار البائع فإن المصرح به فى كلام الشهيدين فى خيار الغبن أن البائع لو فسخ يرجع إلى القيمة لامتناع انتقال أم الولد و كذا فى كلام العلامة و ولده و جامع المقاصد ذلك أيضا فى زمان مطلق الخيار. و منها كلماتهم فى مستثنيات بيع أم الولد ردا و قبولا فإنها كالصريحة فى أن الممنوع مطلق نقلها لا خصوص البيع. و بالجملة فلا يبقى للمتأمل شك فى ثبوت حكم البيع لغيره من النواقل و مع ذلك كله فقد جزم بعض سادة مشايخنا بجواز غير البيع من النواقل للأصول و خلو كلام المعظم عن حكم غير البيع و قد عرفت ظهوره من تضاعيف كلمات المعظم فى الموارد المختلفة و مع ذلك فهو الظاهر

من المبسوط و السرائر حيث قالا- إذا مات ولدها جاز بيعها و هبتها و التصرف فيها بسائر أنواع التصرف. و قد ادعى في الإيضاح الإجماع صريحا على المنع عن كل ناقل و أرسله بعضهم كصاحب الرياض و جماعة إرسال المسلمات بل عبارة بعضهم ظاهرة في دعوى الاتفاق حيث قال إن الاستيلاد مانع من صحة التصرفات الناقلة من ملك المولى إلى ملك غيره أو المعرضة لها للدخول في ملك غيره كالرهن على خلاف في ذلك ثم إن عموم المنع لكل ناقل و عدم اختصاصه بالبيع قول جميع المسلمين و الوجه فيه ظهور أدلة المنع المعنونة بالبيع في إرادة مطلق النقل فإن مثل قول أمير المؤمنين ع في الرواية السابقة: خذ بيدها و قل من يشترى أم ولدى يدل على كون مطلق نقل أم الولد إلى الغير كان من المنكرات و هو مقتضى التأمل فيما سيجيء من أخبار بيع أم الولد في ثمن رقبتها و عدم جوازه فيما سوى ذلك هذا مضافا إلى ما اشتهر و إن لم نجد نصا عليه من أن الوجه في المنع هو بقاؤها رجاء لانعتاقها من نصيب ولدها بعد موت سيدها. و الحاصل أنه لا إشكال في عموم المنع لجميع النواقل ثم إن المنع مختص بعدم هلاك الولد فلو هلك جاز اتفاقا فتوى و نصا و لو مات الولد و خلف ولدا ففي إجراء حكم الولد عليه لأصالة بقاء المنع و لصدق الاسم فيندرج في إطلاق الأدلة و تغليبا للحرية أو العدم لكونه حقيقة في ولد الصلب و ظهور إرادته من جملة الأخبار و إطلاق ما دل من النصوص و الإجماع على الجواز بعد موت ولدها أو التفصيل بين كونه وارثا لعدم ولد الصلب للمولى و عدمه لمساواة الأول مع ولد الصلب في الجهة المقتضية للمنع وجوه حكى أولها عن الإيضاح و ثالثها عن المهذب البارع و نهاية المرام و عن القواعد و الدروس و غيرهما التردد.

بقي الكلام في معنى أم الولد

فإن ظاهر اللفظ اعتبار انفصال الحمل إذ لا يصدق الولد إلا بالولادة لكن المراد هنا مجازا ولدها و لو حملا للمشارفة و يحتمل أن يراد الولادة من الوالد دون الوالدة و كيف كان فلا- إشكال بل لا خلاف في تحقق الموضوع بمجرد الحمل. و يدل عليه الصحيح عن محمد بن مارد: عن أبي عبد الله ع

المكاسب، ج۲، ص ۱۷۶

في رجل يتزوج الجارية فتلد منه أولادا ثم يشتريها فتمكث عنده ما شاء الله لم تلد منه شيئا بعد ما ملكها ثم يبدو له في بيعها قال هي أمته إن شاء باع ما لم يحدث عنده حمل بعد ذلك و إن شاء أعتق و في رواية السكوني عن جعفر بن محمد قال: قال علي بن الحسين صلوات الله عليهم أجمعين في مكاتبة يطأها مولاها فتحمل فقال يرد عليها مهر مثلها و تسعى في قيمتها فإن عجزت فهي من أمهات الأولاد لكن في دلالتها على ثبوت الحكم بمجرد الحمل نظر لأن زمان الحكم بعد تحقق السعي و العجز عقيب الحمل و الغالب ولوج الروح حينئذ ثم الحمل يصدق بالمضغة اتفاقا على ما صرح في الرياض و استظهره بعض آخر و حكاه عن جماعة هنا و في باب انقضاء عدة الحامل و في صحيحة ابن الحجاج قال: سألت أبا الحسن ع عن الحبلى يطلقها زوجها ثم تضع سقطا تم أو لم يتم أو وضعته مضغة أ تنقضي بذلك عدتها فقال ع كل شيء وضعته يستبين أنه حمل تم أو لم يتم فقد انقضت به عدتها و إن كانت مضغة ثم الظاهر صدق الحمل على العلقة و قوله ع و إن كانت مضغة تقرير لكلام السائل لا بيان لأقل مراتب الحمل كما عن الإسكافي و حينئذ يتجه الحكم بتحقق الموضوع بالعلقة كما عن بعض بل عن الإيضاح و المهذب البارع الإجماع عليه. و في المبسوط فيما إذا ألقت جسدا ليس فيه تخطيط لا- ظاهر و لا- خفي لكن قالت القوابل إنه مبدأ خلق آدمي و إنه لو بقي لخلق و تصور قال قوم إنها لا تصير أم ولد بذلك و قال بعضهم تصير أم ولد و هو مذهبنا انتهى و لا يخلو عن قوة لصدق الحمل. و أما النطفة فهي بمجردها لا عبرة بها ما لم تستقر في الرحم لعدم صدق كونها حاملا و على هذا الفرد ينزل إجماع الفاضل المقداد- على عدم العبرة بها في العدة و أما مع استقرارها في الرحم فالمحكي عن نهاية الشيخ تحقق الاستيلاد بها و هو الذي قواه في المبسوط في باب العدة بعد أن نقل عن

المخالفين عدم انقضاء العدة به مستدلا بعموم الآية و الأخبار و مرجعه إلى صدق الحمل. و دعوى أن إطلاق الحامل حينئذ مجاز بالمشارفة يكذبها التأمل فى الاستعمالات و ربما يحكى عن التحرير موافقة الشيخ مع أنه لم يزد فيه على حكاية الحكم عن الشيخ. نعم فى بعض نسخ التحرير لفظ يوهم ذلك نعم قوى فى السرائر موافقته فيما تقدم عن الشيخ فى مسألة الجسد الذى ليس فيه التخطيط و نسب القول المذكور إلى الجامع أيضا. و اعلم أن ثمرة تحقق الموضوع فيما إذا ألقت المملوكة ما فى بطنها إنما تظهر فى بيعها الواقع قبل الإلقاء فيحكم ببطلانه إذا كان الملقى حملا و أما بيعها بعد الإلقاء فيصح بلا إشكال و حينئذ فلو وطئها المولى ثم جاءت بولد تام أو غير تام فيحكم ببطلان البيع الواقع بين أول زمان العلوق و زمان الإلقاء. و عن المسالك الإجماع على ذلك فذكر صور الإلقاء المضغة و العلقة و النطفة فى باب العدة إنما هو لبيان انقضاء العدة بالإلقاء. و فى باب الاستيلاد لبيان كشفها عن أن المملوكة بعد الوطء صارت أم ولد لا أن البيع الواقع قبل تحقق العلقة صحيح إلى أن تصير النطفة علقة و لذا عبر الأصحاب عن سبب الاستيلاد بالعلوق الذى هو اللقاح. نعم لو فرض عدم علوقها بعد الوطء إلى زمان صح البيع قبل العلوق ثم إن المصرح به فى كلام بعض حاكيا له عن غيره أنه لا يعتبر فى العلوق أن يكون بالوطء فيتحقق بالمساحقة لأن المناط هو الحمل و كون ما يولد منها ولدا للمولى شرعا فلا عبرة بعد ذلك بانصراف الإطلاقات إلى الغالب من كون الحمل بالوطء. نعم يشترط فى العلوق بالوطء أن يكون الوطء على وجه يلحق الولد بالواطى و إن كان محرما كما إذا كانت فى حيض أو ممنوعة الوطء شرعا لعارض آخر أما الأمة المزوجة فوطؤها زناء لا يوجب لحوق الولد ثم إن المشهور اعتبار الحمل فى زمان الملك فلو ملكها بعد الحمل لم تصر أم ولد خلافا للمحكى عن الشيخ و ابن حمزة فاكتفيا بكونها أم ولد قبل الملك و لعله لإطلاق العنوان و وجود العلة و هى كونها فى معرض الانعتاق من نصيب ولدها و يرد الأول منع إطلاق يقتضى ذلك فإن المتبادر من أم الولد صنف من أصناف الجوارى باعتبار الحالات العارضة لها بوصف المملوكية كالمدبر و المكاتب. و العلة المذكورة غير مطردة و لا منعكسة كما لا يخفى مضافا

إلى صريح رواية محمد بن مارد المتقدمة ثم إن المنع عن بيع أم الولد قاعدة كلية مستفادة من الأخبار كروايتى السكونى و محمد بن مارد المتقدمتين و صحيحة عمر بن يزيد الآتية و غيرها. و من الإجماع على أنها لا تباع إلا لأمر يغلب ملاحظته على ملاحظة الحق الحاصل منها باستيلاد أعنى تشبثها بالحرية و لذا كل من جوز البيع فى مقام لم يجوز إلا بعد إقامة الدليل الخاص فلا بد من التمسك بهذه القاعدة المنصوصة المجمع عليها حتى يثبت بالدليل ثبوت ما هو أولى بالملاحظة فى نظر الشارع من الحق المذكور فلا يصغى إذا إلى منع الدليل على المنع كلية و التمسك بأصالة صحة البيع من حيث قاعدة تسلط الناس على أموالهم حتى يثبت المخرج ثم إن المعروف بين العلماء ثبوت الاستثناء عن الكلية المذكورة فى الجملة لكن المحكى فى السرائر عن السيد قدس سره عموم المنع و عدم الاستثناء و هو غير ثابت. و على تقدير الثبوت فهو ضعيف يرده مضافا إلى ما ستعرف من الأخبار قوله ع فى صحيحة زرارة: و قد سأله عن أم ولد تباع و تورث وحدها حد الأمة بناء على حملها على أنها قد تعرض لها ما يجوز ذلك.

و أما المواضع القابلة للاستثناء

اشارة

و إن وقع التكلم فى استثنائها لأجل وجود ما يصلح أن يكون أولى بالملاحظة من الحق و هى صور يجمعها تعلق حق للغير بها أو تعلق حقها بتعجيل العتق أو تعلق حق سابق على الاستيلاد أو عدم تحقق الحكمة المانعة عن النقل.

[موارد القسم الأول

فمن موارد القسم الأول ما إذا كان على مولاها دين و لم يكن له ما يؤدى هذا الدين

و الکلام فی هـذا المورد قـد یقع فیما إذا کان الـدین ثمن رقبتها و یقع فیما إذا کان غیر ثمنها و علی الأول یقع الکلام تارهٔ بعـد موت المولی و أخری فی حـال حیاته أما بعـد الموت فالمشـهور الجواز بل عن الروضـهٔ أنه موضع وفاق و عن جماعـهٔ أنه لا خلاف فیه و لا ینافی ذلک مخالفهٔ السـید فی أصل المسألهٔ لأنهم یریدون نفی الخلاف بین القائلین بالاستثناء فی بیع أم الولد أو القائلین باستثناء بیعها فی ثمن رقبتها فی مقابل صورهٔ حیاهٔ

المکاسب، ج۲، ص ۱۷۷

المولی المختلف فیها. و کیف کان فلا إشـکال فی الجواز فی هذه الصورهٔ- لا لما قیل من قاعدهٔ تسـلط الناس علی أموالهم لما عرفت من انقلاب القاعدهٔ إلی المنع فی خصوص هذا المال بل لما رواه المشایخ الثلاثهٔ فی الصحیح عن عمر بن یزید قال: قلت لأبی إبراهیم ع أسألـک عن مسألـهٔ فقـال سـل قلت لم باع أمیر المؤمنین ص أمهات الأولاد قال فی فکاک رقابهن قلت فکیف ذلک قال أیما رجل اشتری جاریـهٔ فأولـدها ثم لم یؤد ثمنهـا و لم یـدع من المـال ما یؤدی عنه أخـذ ولـدها منها و بیعت و أدی ثمنها قلت فتباع فیما سوی ذلک عن دین قال لا و فی روایـهٔ أخری لعمر بن یزیـد عن أبی الحسن ع قال: سألته عن بیع أم الولـد تباع فی الـدین قال نعم فی ثمن رقبتها. و مقتضـی إطلاقها بل إطلاق الصـحیحهٔ کما قیل ثبوت الجواز مع حیاهٔ المولی کما هو مذهب الأکثر بل لم یعرف الخلاف فیه صریحـا نعم تردد فیه الفاضـلان. و عن نهایـهٔ المرام و الکفایـهٔ أن المنع نـادر لکنه لاـ یخلو عن قوهٔ و ربما یتوهم القوهٔ من حیث توهم تقییـدها بالصـحیحهٔ السابقـهٔ بناء علی اختصاص الجواز فیها بصورهٔ موت المولی کما یشـهد به قوله فیها و لم یـدع من المال إلی آخر الروایهٔ فیدل علی نفی الجواز عما سوی هذا الفرد إما لورودها فی جواب السؤال عن موارد بیع أمهات الأولاد فیدل علی الحصـر و إما لأـن نفی الجواز فی ذیلهـا فیمـا سوی هـذه الصورهٔ یشـمل بیعها فی الـدین مع حیاهٔ المولی. و انـدفاع التوهم بکلا وجهیه واضـح. نعم یمکن أن یقـال فی وجه القوهٔ بعـد الغض عن دعوی ظهور قوله تبـاع الظاهر فی الـدین فی کون البائع غیر المولی فیما بعـد الموت أن النسبهٔ بینها و بین روایهٔ ابن مارد المتقدمهٔ عموم من وجه فیرجع إلی أصالهٔ المنع الثابتهٔ بما تقدم من القاعدهٔ المنصوصهٔ المجمع علیها. نعم ربمـا یمنع عموم القاعـدهٔ علی هـذا الوجه بحیث یحتاج إلی المخصـص فیقال یمنع الإجماع فی محل الخلاف و لا سـیما مع کون المخالف جل المجمعین بل کلهم إلا نادرا و حینئـذ فالمرجع إلی قاعدهٔ سـلطنهٔ الناس علی أموالهم لکن التحقیق خلافه و إن صدر هو عن بعض المحققین لأن المسـتفاد من النصوص و الفتاوی أن استیلاد الأمهٔ یحدث لها حقا مانعا عن نقلها إلا إذا کان هناک حق أولی منه بالمراعاهٔ و ربما توهم معارضـهٔ هـذه القاعـدهٔ بوجوب أداء الدین فتبقی قاعدهٔ السـلطنهٔ و أصالهٔ بقاء جواز بیعها فی ثمن رقبتها قبل الاستیلاـد و لا یعارضـها أصالـهٔ بقاء المنع حال الاستیلاد قبل العجز عن ثمنها لأن بیعها قبل العجز لیس بیعا فی الـدین کما لا یخفی. و یندفع أصل المعارضهٔ بأن أدلهٔ وجوب أداء الدین مقیدهٔ بالقدرهٔ العقلیهٔ و الشرعیهٔ و قاعدهٔ المنع تنفی القدرهٔ الشرعیهٔ کما فی المرهون و الموقوف فالأولی فی الانتصار لمـذهب المشـهور أن یقال برجحان إطلاق روایهٔ عمر بن یزید علی إطلاق روایهٔ ابن مارد الظاهر فی عـدم کون بیعها فی ثمن رقبتها کما یشـهد به قوله فتمکث عنـده ما شاء الله لم تلـد منه شـیئا بعـد ما ملکها ثم یبـدو له فی بیعها مع أن ظاهر البـدء فی البیع ینافی الاضـطرار إلیه لأجل ثمنها. و بالجملـهٔ فبعـد منع ظهور سـیاق الروایهٔ فیما بعد الموت لا إشـکال فی رجحان دلالتها- علی دلالهٔ روایهٔ ابن مارد علی المنع کما یظهر بالتأمل مضافا إلی اعتضادها بالشـهرهٔ المحققهٔ و المسألهٔ محل إشـکال ثم علی المشـهور من الجواز- فهل یعتبر فیه عدم ما یفی به الدین و لو من المسـتثنیات کما هو ظاهر إطلاق کثیر أو مما عداها کما عن جماعهٔ الأقوی هو الثانی بل لا یبعـد أن یکون ذلک مراد من أطلق لأن الحکم بالجواز فی هذه الصورهٔ فی النص و الفتوی مسوق لبیان ارتفاع المـانع عن بیعهـا من جهـهٔ الاستیلاـد فتکون ملکـا طلقـا کسائر الأملاـک التی یؤخـذ المالک ببیعها من دون بیع المسـتثنیات. فحاصـل السؤال فی روایـهٔ عمر بن یزیـد أنه هل تباع أم الولـد فی الـدین علی حد سائر الأموال التی تباع فیه. و حاصل الجواب تقریر ذلک فی خصوص ثمن الرقبهٔ فیکون ثمن الرقبهٔ بالنسبهٔ إلی أم الولد کسائر الدیون بالنسبهٔ إلی سائر الأموال.

و مما ذکرنا یظهر أنه لو کان نفس أم الولـد مما یحتاج إلیها المولی للخدمـهٔ فلا تباع فی ثمن رقبتها لأن غایهٔ الأمر کونها بالنسـبهٔ إلی

الثمن كجارية أخرى يحتاج إليها. و مما ذكرنا يظهر الوجه فى استثناء الكفن و مئونة التجهيز فإذا كان للميت كفن و أم ولد بيعت أم الولد فى الدين دون الكفن إذ يصدق أن الميت لم يدع ما يؤدى عنه الدين عداها لأن الكفن لا يؤدى عن الدين ثم إنه لا فرق بين كون ثمنها بنفسه دينا للبائع- أو استدان الثمن و اشترى به أما لو اشترى فى الذمة ثم استدان ما أوفى به البائع فليس بيعها فى ثمن رقبتها بل ربما تأمل فيما قبله فتأمل. و لا فرق بين بقاء جميع الثمن فى الذمة أو بعضها و لا بين نقصان قيمتها عن الثمن أو زيادتها عليها. نعم لو أمكن الوفاء ببيع بعضها اقتصر عليه كما عن غاية المراد التصريح به و لو كان الثمن مؤجلا لم يجز للمولى بيعها قبل حلول الأجل و إن كان مأيوسا عن الأداء عند الأجل. و فى اشتراط مطالبة البائع أو الاكتفاء باستحقاقه و لو امتنع عن التسلم أو الفرق بين رضاه بالتأخير و إسقاطه لحق الحلول و إن لم يسقط بذلك و بين عدم المطالبة فيجوز فى الأول دون الثانى وجوه أحوطها الأول و مقتضى الإطلاق الثانى و لو تبرع متبرع بالأداء فإن سلم إلى البائع برئت ذمة المشترى و لا يجوز بيعها و إن سلم إلى المولى أو الورثة ففى وجوب القبول نظر و كذا لو رضى البائع باستسعائها فى الأداء و لو دار الأمر بين بيعها ممن تنعتق عليه أو بشرط العتق و بيعها من غيره ففى وجوب تقديم الأول وجهان و لو أدى الولد ثمن نصيبه انعتقت عليه و حكم الباقى يعلم من مسائل السراية و لو أدى ثمن جميعها فإن أقبضه البائع فكالمتبرع و إن كان بطريق الشراء ففى وجوب قبول ذلك على الورثة نظر من الإطلاق و من الجمع بين حقى الاستيلاد و الدين و لو امتنع المولى من أداء الثمن من غير عذر فلجواز بيع البائع لها مقاصة مطلقا أو مع إذن الحاكم وجه و ربما يستوجه خلافه لأن المنع لحق أم الولد فلا يسقط بامتناع المولى و لظاهر الفتاوى و تغليب جانب الحرية و فى الجميع نظر. و المراد بثمنها ما جعل عوضا لها فى عقد مساومتها و إن كان صلحا و فى إلحاق الشرط المذكور فى متن العقد بالثمن- كما إذا اشترط الإنفاق على البائع مدة معينة إشكال و على العدم لو فسخ البائع فإن قلنا بعدم منع الاستيلاد من الاسترداد بالفسخ استردت و إن قلنا

المكاسب، ج۲، ص ۱۷۸

بمنعه عنه فتنتقل إلى القيمة و لو قلنا بجواز بيعها حينئذ فى أداء القيمة أمكن القول بجواز استردادها لأن المانع عنه هو عدم انتقالها فإذا لم يكن بد من نقلها لأجل القيمة لم يمنع عن ردها إلى البائع كما لو بيعت على البائع فى ثمن رقبتها هذا مجمل القول فى بيعها فى ثمنها. و أما بيعها فى دين آخر- فإن كان مولاها حيا لم يجز إجماعا على الظاهر المصرح به فى كلام بعض و إن كان بعد موته فالمعروف من مذهب الأصحاب المنع أيضا لأصالة بقاء المنع فى حال الحياة و لإطلاق روايتى عمر بن يزيد المتقدمين منطوقا و مفهوما و بهما يخصص ما دل بعمومه على الجواز مما يتخيل صلاحيته لتخصيص قاعدة المنع عن بيع أم الولد كمفهوم مقطوعة يونس: فى أم ولد ليس لها ولد مات ولدها و مات عنها صاحبها و لم يعتقها هل يجوز لأحد تزويجها قال لا هى أمة لا يحل لأحد تزويجها إلا بعتق من الورثة و إن كان لها ولد و ليس على الميت دين فهى للولد و إذا ملكها الولد عتقت بملك ولدها لها و إن كانت بين شركاء فقد عتقت من نصيبه و تستسعى فى بقية ثمنها خلافا للمحكى عن المبسوط فجوز البيع حينئذ مع استغراق الدين. و الجواز ظاهر اللمعتين و كنز العرفان و الصيمرى و لعل وجه تفصيل الشيخ أن الورثة لا يرثون مع الاستغراق فلا سبيل إلى انعتاق أم الولد الذى هو الغرض من المنع عن بيعها و عن نكاح المسالك- أن الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقا و إن منع من التصرف بها على تقدير استغراق الدين فينعتق نصيب الولد منها كما لو لم يكن دين و لزمه أداء قيمة النصيب من ماله و ربما ينتصر للمبسوط على المسالك أولا بأن المستفاد مما دل على أنها تعتق من نصيب ولدها أن ذلك من جهة استحقاقه لذلك النصيب من غير أن يقوم عليه أصلا و إنما الكلام فى باقى الحصص إذا لم يف نصيبه من جميع التركة لقيمة أمة هل تقوم عليه أو تسعى هى فى أداء قيمتها. و ثانيا بأن النصيب إذا نسب إلى الوارث- فلا يراد منه إلا ما يفضل من التركة بعد أداء الدين و سائر ما يخرج من الأصل المقصود منه النصيب المستقر الثابت لا النصيب الذى يحكم بتملك الوارث له تفصيا من لزوم بقاء الملك بلا مالك. و ثالثا أن ما ادعاه من الانعتاق على الولد بمثل هذا الملك مما لم ينص عليه الأصحاب و لا دل عليه دليل معتبر و ما توهمه الأخبار و كلام الأصحاب من إطلاق الملك فالظاهر أن المراد به غير هذا القسم و لذا لا يحكم بانعتاق العبد الموقوف على من ينعتق عليه بناء على صحة الوقف و انتقال الموقوف

إلى الموقوف عليه. و رابعا أنه يلزم على كلامه- أنه متى كان نصيب الولد من أصل التركة بأجمعها ما يساوى قيمة أمة يقوم عليه سواء كان هناك دين مستغرق أم لا و سواء كان نصيبه الثابت فى الباقى بعد الديون و نحوها يساوى قيمتها أم لا و كذلك لو ساوى نصيبه من الأصل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك فإنه يقوم نصيبه عليه كائنا ما كان و يسقط من القيمة نصيبه الباقى الثابت إن كان له نصيب و يطلب بالباقى هذا مما لا يقوله أحد من الأصحاب و ينبغى القطع ببطلانه.

و يمكن دفع الأول بأن المستفاد من ظاهر الأدلة انعتاقها من نصيب ولدها حتى مع الدين المستغرق فالدين غير مانع من انعتاقها على الولد لكن ذلك لا ينافى اشتغال ذمة الولد قهرا بقيمة نصيبه أو وجوب بيعها فى القيمة جمعا بين ما دل على الانعتاق على الولد الذى يكشف عنه إطلاق النهى عن بيعها و بين ما دل على أن الوارث لا يستقر له ما قابل نصيبه من الدين على وجه يسقط حق الديان غاية الأمر سقوط حقهم عن عين هذا المال الخاص و عدم كونه كسائر الأموال التى يكون للوارث الامتناع عن أداء مقابلها و دفع عينها إلى الديان و يكون لهم أخذ العين إذا امتنع الوارث من أداء ما قابل العين. و الحاصل أن مقتضى النهى عن بيع أم الولد فى دين غير ثمنها بعد موت المولى عدم تسلط الديان على أخذها و لو مع امتناع الولد عن فكها بالقيمة و عدم تسلط الولد على دفعها وفاء عن دين أبيه و لازم ذلك انعتاقها على الولد فيتردد الأمر حينئذ بين سقوط حق الديان عن ما قابلها من الدين فتكون أم الولد نظير مئونة التجهيز التى لا- يتعلق حق الديان بها و بين أن يتعلق حق الديان بقيمتها على من يتلف فى ملكه و تنعتق عليه و هو الولد و بين أن يتعلق حق الديان بقيمتها على رقبتها فتسعى فيها و بين أن يتعلق حق الديان بمنافعها فلهم أن يؤجروها مدة طويلة نفى أجرتها بدينهم كما قيل بتعلق حق الغرماء بمنافع أم ولد المفلس. و لا إشكال فى عدم جواز رفع اليد عما دل على بقاء حق الديان متعلقا بالتركة فيدور الأمر بين الوجهين الأخيرين فتعتق على كل حال و يبقى الترجيح بين الوجهين محتاجا إلى التأمل. و مما ذكرنا يظهر اندفاع الوجه الثانى- فإن مقتضى المنع عن بيعها مطلقا أو فى دين غير ثمنها استقرار ملك الوارث عليها و منه يظهر الجواب عن الوجه الثالث- إذ بعد ما ثبت عدم تعلق حق الديان بعينها على أن يكون لهم أخذها عند امتناع الوارث من الأداء فلا مانع عن انعتاقها و لا جامع بينها و بين الوقف الذى هو ملك للبطن اللاحق كما هو ملك للبطن السابق. و أما ما ذكره رابعا فهو إنما ينافى الجزم بكون قيمتها بعد الانعتاق متعلقا بالولد أما إذا قلنا باستسعائها فلا يلزم شىء. فالضابط حينئذ أنها تنعتق على الولد ما لم يتعقبه ضمان من نصيبه فإن كان مجموع نصيبه أو بعض نصيبه يملكه مع ضمان أداء ما قابله من الدين كان ذلك فى رقبتها. و مما ذكرنا يظهر أيضا أنه لو كان غير ولدها أيضا مستحقا لشىء منها بالإرث لم يملك نصيبه مجانا بل إما أن يدفع إلى الديان ما قابل نصيبه فتسعى أم الولد كما لو لم يكن دين فينعتق نصيب غير ولدها عليه مع ضمانها أو ضمان ولدها قيمة حصتها التى فكها من الديان و إما أن يخلى بينها و بين الديان فتنعتق أيضا عليهم مع ضمانها أو ضمان ولدها ما قابل الدين لهم و أما حرمان الديان عنها عينا و قيمة و إرث الورثة لها و أخذ غير ولدها قيمة حصته منها أو من ولدها و صرفها فى غير الدين فهو باطل لمخالفته لأدلة ثبوت حق الديان من غير أن يقتضى النهى عن التصرف فى أم الولد لذلك. و مما ذكرنا يظهر ما فى قول بعض من أورد على ما فى المسالك بما ذكرناه أن الجمع بين فتاوى الأصحاب و أدلتهم مشكل جدا حيث

المكاسب، ج۲، ص ۱۷۹

إنهم قيدوا الدين بكونه ثمنا و حكموا بأنها تعتق على ولدها من نصيبه و أن ما فضل عن نصيبه تنعتق بالسراية و تسعى فى أداء قيمتها و لو قصدوا أن أم الولد أو سهم الولد مستثنى من الدين كالكفن عملا- بالنصوص المزبورة فله وجه إلا أنهم لا يعدون ذلك من المستثنيات و لا ذكر فى النصوص صريحا انتهى. و أنت خبير بأن النصوص المزبورة لا تقتضى سقوط حق الديان كما لا يخفى.

و منها تعلق كفن مولاها بها

على ما حكاه فى الروضة بشرط عدم كفاية بعضها له بناء على ما تقدم نظيره فى الدين من أن المنع لغاية الإرث و هو مفقود مع

الحاجة إلى الكفن و قد عرفت أن هذه حكمة غير مطردة و لا منعكسة. و أما بناء على ما تقدم من جواز بيعها في غير ثمنها من الدين مع أن الكفن يتقدم على الدين فبيعها له أولى بل اللازم ذلك أيضا بناء على حصر الجواز في بيعها في ثمنها على ما تقدم من أن وجود مقابل الكفن الممكن صرفه في ثمنها لا يمنع عن بيعها فيعلم من ذلك تقديم الكفن على حق الاستيلاد و إلا لصرف مقابله في ثمنها و لم تبع و من ذلك يظهر النظر فيما قيل من أن هذا القول مأخوذ من القول بجواز بيعها في مطلق الدين المستوعب و توضيحه أنه إذا كان للميت المديون أم ولد و مقدار ما يجهز به فقد اجتمع هنا حق الميت و حق بائع أم الولد و حق أم الولد فإذا ثبت عدم سقوط حق بائع أم الولد دار الأمر بين إهمال حق الميت بترك الكفن و إهمال حق أم الولد ببيعها فإذا حكم بجواز بيع أم الولد حينئذ بناء على ما تقدم في المسألة السابقة كان معناه تقديم حق الميت على حق أم الولد و لازم ذلك تقديمه عليها مع عدم الدين و انحصار الحق في الميت و أم الولد اللهم إلا أن يقال لما ثبت بالدليل السابق تقديم دين ثمن أم الولد على حقها و ثبت بعموم النص تقديم الكفن على الدين اقتضى الجمع بينهما تخصيص جواز صرفها في ثمنها- بما إذا لم يحتج الميت إلى الكفن بنفسه أو لبذل باذل أو بما إذا كان للميت مقابل الكفن لأن مقابل الكفن غير قابل للصرف في الدين فلو لم يكن غيرها لزم من صرفها في الثمن تقديم الدين على الكفن أما إذا لم يكن هناك دين و تردد الأمر بين حقها و حق مولاها الميت فلا دليل على تقديم حق مولاها ليخصص به قاعدة المنع عن بيع أم الولد عدا ما يدعى من قاعدة تعلق حق الكفن بمال الميت لكن الظاهر اختصاص تلك القاعدة بما إذا لم يتعلق به حق سابق مانع من التصرف فيه و الاستيلاد من ذلك الحق و لو فرض تعارض الحقين فالمرجع إلى أصالة فساد بيعها قبل الحاجة إلى الكفن فتأمل. نعم يمكن أن يقال نظير ما قيل في الدين- من أن الولد يرث نصيبه و ينعتق عليه و تتعلق بذمته مئونة التجهيز أو تستسعى أمه و لو بإيجار نفسها في مدة و أخذ الأجرة قبل العمل و صرفها في التجهيز و المسألة محل إشكال.

و منها ما إذا جنت على غير مولاها في حياته

أما بعد موته فلا إشكال في حكمها لأنها بعد موت المولى تخرج عن التشبث بالحرية إما إلى الحرية الخالصة أو الرقية الخالصة و حكم جنايتها عمدا أنه إن كان في مورد ثبت القصاص فللمجني عليه القصاص نفسا كان أو طرفا و له استرقاقها كلا أو بعضا على حسب جنايتها فيصير المقدار المسترق منها ملكا طلقا و ربما تخيل بعض أنه يمكن أن يقال إن رقيتها للمجني عليه لا تزيد على رقيتها للمالك الأول لأنها تنتقل إليه على حسب ما كانت عند الأول ثم ادعى أنه يمكن أن يدعى ظهور أدلة المنع خصوصا صحيحة عمر بن يزيد المتقدمة في عدم بيع أم الولد مطلقا. و الظاهر أن مراده بإمكان القول المذكور مقابل امتناعه عقلا و إلا فهو احتمال مخالف للإجماع و النص الدال على الاسترقاق الظاهر في صيرورة الجاني رقا خالصا و ما وجه به هذا الاحتمال من أنها تنتقل إلى المجني عليه على حسب ما كانت عند الأول ففيه أنه ليس في النص إلا الاسترقاق و هو جعلها رقا له كسائر الرقيق لا انتقالها عن المولى الأول إليه حتى يقال إنه إنما كان على النحو الذي كان للمولى الأول. و الحاصل أن المستفاد بالضرورة من النص و الفتوى أن الاستيلاد يحدث للأمة حقا على مستولدها يمنع من مباشرة بيعها و من البيع لغرض عائد إليه مثل قضاء ديونه و كفنه على خلاف في ذلك و إن كانت الجناية خطأ فالمشهور أنها كغيرها من المماليك يتخير المولى بين دفعها أو دفع ما قابل الجناية منها إلى المجني عليه و بين أن يفديها بأقل الأمرين على المشهور أو بالأرش على ما عن الشيخ و غيره. و عن الخلاف و السرائر و استيلاد المبسوط أنه لا خلاف في أن جنايتها تتعلق برقبتها لكن عن ديات المبسوط أن جنايتها على سيدها بلا خلاف إلا من أبي ثور فإنه جعلها في ذمتها تتبع بها بعد العتق و هو المخالف لما في الاستيلاد من المبسوط و ربما يوجه بإرادة نفي الخلاف بين العامة و ربما نسب إليه الغفلة كما عن المختلف و الأظهر أن المراد بكونها على سيدها عود خسارة جنايتها على السيد في مقابل عدم خسارة المولى لا من عين الجاني و لا من مال آخر و كونها في ذمة نفسها تتبع بها بعد العتق و ليس المراد وجوب فدائها. و على هذا أيضا يحمل ما في رواية مسمع عن أبي عبد الله ع قال: أم الولد جنايتها في حقوق الناس على سيدها و ما كان من حقوق الله في الحدود فإن ذلك في بدنها فمعنى كونها على سيدها

أن الأمة بنفسها لا ـ تتحمل من الجناية شيئا. و مثلها ما أرسل عن علي ع في قوله: المعتق على دبر فهو من الثلث و ما جنى هو و المكاتب و أم الولد فالمولى ضامن لجنايتهم. و المراد من جميع ذلك خروج دية الجناية من مال المولى المردد بين ملكه الجاني أو ملك آخر و كيف كان فإطلاقات حكم جناية مطلق المملوك سليمة عن المخصص و لا يعارضها أيضا إطلاق المنع عن بيع أم الولد لأن ترك فدائها و التخلية بينها و بين المجني عليه ليس نقلا لها خلافا للمحكى عن موضع من المبسوط و المهذب و المختلف من تعيين الفداء على السيد. و لعله للروايتين المؤيدتين بأن استيلاد المولى هو الذى أبطل أحد طرفى التخيير فتعين عليه الآخر بناء على أنه لا فرق بين إبطال طرفى التخيير بعد الجناية كما لو قتل أو باع عبده الجاني و بين إبطاله قبلها كالاستيلاد الموجب لعدم تأثير أسباب الانتقال فيها و قد عرفت معنى الروايتين و المؤيد مصادرة لا يبطل به إطلاق النصوص

و منها ما إذا جنت على مولاها – بما يوجب صحة استرقاقها لو كان المجنى عليه غير المولى

فهل تعود ملكا طلقا بجنايتها

المكاسب، ج۲، ص ۱۸۰

على مولاها فيجوز له التصرف الناقل فيها كما هى المحكى فى الروضة عن بعض و عدها السيورى من صور الجواز أو لا كما هو المشهور إذ لم يتحقق بجنايتها على مولاها إلا جواز الاقتصاص منها و أما الاسترقاق فهو تحصيل للحاصل. و ما يقال فى توجيهه من أن الأسباب الشرعية تؤثر بقدر الإمكان فإذا لم تؤثر الجناية الاسترقاق أمكن أن يتحقق للمولى أثر جديد و هو استقلال جديد فى التصرف فيها مضافا إلى أن استرقاقها لترك القصاص كفكاك رقابهن الذى أنيط به الجواز فى صحيحة ابن يزيد المتقدمة و مضافا إلى أن المنع عن التصرف لأجل التخفيف لا يناسب الجانى عمدا فيندفع بما لا يخفى و أما الجناية على مولاها خطأ فلا إشكال فى أنها لا ـ يجوز التصرف فيها كما لا ـ يخفى. و روى الشيخ فى الموثق عن غياث عن جعفر عن أبيه عن علي ع قال: إذا قتلت أم الولد سيدها خطأ فهى حرة ليس عليها سعاية و عن الشيخ و الصدوق بإسنادهما عن وهب بن وهب عن جعفر عن أبيه ص: إن أم الولد إذا قتلت سيدها خطأ فهى حرة لا تبعة عليها و إن قتلته عمدا قتلت به. و عن الشيخ عن حماد عن جعفر عن أبيه: إذا قتلت أم الولد سيدها خطأ سعت فى قيمتها و يمكن حملها على سعيها فى بقية قيمتها إذا قصر نصيب ولدها. و عن الشيخ فى التهذيب و الاستبصار الجمع بينهما بغير ذلك فراجع.

و منها ما إذا جنى حر عليها بما فيه ديتها

فإنها لو لم تكن مستولدة كان للمولى التخيير بين دفعها إلى الجانى و أخذ قيمتها و بين إمساكها و لا شيء له لئلا يلزم الجمع بين العوض و المعوض ففى المستولدة يحتمل ذلك و يحتمل أن لا ـ يجوز للمولى أخذ القيمة ليلزم منه استحقاق الجانى للرقبة و أما احتمال منع الجانى عن أخذها و عدم تملكه لها بعد أخذ الدية منه فلا وجه له لأن الاستيلاد يمنع عن المعاوضة أو ما فى حكمها لا عن أخذ العوض بعد إعطاء المعوض بحكم الشرع و المسألة من أصلها موضع إشكال لعدم لزوم الجمع بين العوض و المعوض لأن الدية عوض شرعى عما فات بالجناية لا عن رقبة العبد و تمام الكلام فى محله.

و منها ما إذا لحقت بدار الحرب ثم استرقت

حكاه فى الروضة و كذا لو أسرها المشركون ثم استعادها المسلمون فكأنه فيما إذا أسرها غير مولاها و لم يثبت كونها أمة المولى إلا بعد القسمة و قلنا إن القسمة لا تنقض و يغرم الإمام قيمتها لمالكها لكن المحكى عن الأكثر و المنصوص أنها ترد على مالكها و يغرم قيمتها للمقاتلة.

و منها ما إذا خرج مولاها عن الذمة

و ملکت أمواله التی هی منها.

و منها ما إذا کان مولاها ذمیا و قتل مسلما

فإنه یدفع هو و أمواله إلی أولیاء المقتول هذا ما ظفرت به من موارد القسم الأول و هو ما إذا عرض لأم الولد حق للغیر أقوی من الاستیلاد.

و أما القسم الثانی و هو ما إذا عرض لها حق لنفسها أولی بالمراعاة من حق الاستیلاد

فمن موارده ما إذا أسلمت و هی أمة ذمی

فإنها تباع علیه بناء علی أن حق إسلامها المقتضی لعدم سلطنة الکافر علیها أولی من حق الاستیلاد المعرض للعتق و لو فرض تکافؤ دلیلهما کان المرجع عمومات صحة البیع دون قاعدة سلطنة الناس مسلطون علی أموالهم المقتضیة لعدم جواز بیعها علیه لأن المفروض أن قاعدة السلطنة قد ارتفعت بحکومة أدلة نفی سلطنة الکافر علی المسلم فالمالک لیس مسلطا قطعا و لا حق له فی عین الملک جزما إنما الکلام فی تعارض حقی أم الولد من حیث کونها مسلمة فلا یجوز کونها مقهورة بید الکافر و من حیث کونها فی معرض العتق فلا یجوز إخراجها عن هذه العرصة و الظاهر أن الأول أولی للاعتبار و حکومة قاعدة نفی السبیل علی جل القواعد و لقوله ص: الإسلام یعلو و لا یعلی علیه. و مما ذکرنا ظهر أنه لا وجه للتمسک باستصحاب المنع قبل إسلامها لأن الشک إنما هو فی طرو ما مقدم علی حق الاستیلاد و الأصل عدمه مع إمکان معارضة الأصل بمثله لو فرض فی بعض الصور تقدم الإسلام علی المنع عن البیع و مع إمکان دعوی ظهور قاعدة المنع فی عدم سلطنة المالک و تقدیم حق الاستیلاد علی حق الملک فلا ینافی تقدیم حق آخر لها علی هذا الحق.

و منها ما إذا عجز مولاها عن نفقتها و لو فی کسبها

فتباع علی من ینفق علیها علی ما حکی عن اللمعة و کنز العرفان و أبی العباس و الصیمری و المحقق الثانی. و قال فی القواعد لو عجز عن الإنفاق علی أم الولد أمرت بالتکسب فإن عجزت أنفق علیها من بیت المال و لا یجب عتقها و لو کانت الکفایة بالتزویج وجبت و لو تعذر الجمیع ففی البیع إشکال انتهی. و ظاهره عدم جواز البیع مهما أمکن الإنفاق من مال المولی أو کسبه أو مالها أو عوض بضعها أو وجود من یؤخذ بنفقتها أو بیت المال و هو حسن و مع عدم ذلک کله فلا یبعد المنع عن البیع أیضا و فرضها کالحر فی وجوب سد رمقها کفایة علی جمیع من اطلع علیها و لو فرض عدم ذلک أیضا أو کون ذلک ضررا عظیما علیها فلا یبعد الجواز لحکومة أدلة نفی الضرر و لأن رفع هذا عنها أولی من تحملها ذلک رجاء أن تنعتق من نصیب ولدها مع جریان ما ذکرناه أخیرا فی الصورة السابقة من احتمال ظهور أدلة المنع فی ترجیح حق الاستیلاد علی حق مالکها لا علی حقها الآخر فتدبر.

و منها بیعها علی من تنعتق علیه

علی ما حکی من الجماعة المتقدم إلیهم الإشارة لأن فیه تعجیل حقها و هو حسن لو علم أن العلة حصول العتق فلعل الحکمة انعتاق خاص اللهم إلا أن یستند إلی ما ذکرناه أخیرا فی ظهور أدلة المنع أو یقال إن هذا عتق فی الحقیقة. و یلحق بذلک بیعها بشرط العتق- فلو لم یف المشتری احتمل وجوب استردادها کما عن الشهید الثانی و یحتمل إجبار الحاکم أو العدول المشتری علی الإعتاق إذ

إعتاقها عليه قهرا و كذلك بيعها ممن أقر بحريتها و يشكل بأنه إن علم المولى صدق المقر لم يجز له البيع و أخذ الثمن فى مقابل الحر و إن علم بكذبه لم يجز أيضا لعدم جواز بيع أم الولد و مجرد صيرورتها حرة على المشترى فى ظاهر الشرع مع كونها ملكا له فى الواقع و بقائها فى الواقع على صفة الرقية للمشترى لا يجوز البيع بل الحرية الواقعية و إن تأخرت- أولى من الظاهرية و إن تعجلت.

و منها ما إذا مات قريبها و خلف تركة و لم يكن له وارث سواها

فتشترى من مولاها للعتق و ترث قريبها و هو مختار الجماعة

المكاسب، ج۲، ص ۱۸۱

السابقة و ابن سعيد فى النزهة و حكى عن العمانى و عن المهذب إجماع الأصحاب عليه و بذلك يمكن ترجيح أخبار الإرث على قاعدة المنع مضافا إلى ظهورها فى رفع سلطنة المالك و المفروض هنا عدم كون البيع باختياره بل تباع عليه لو امتنع

و أما القسم الثالث- و هو ما يكون الجواز لحق سابق على الاستيلاد

فمن مواردها ما إذا كان علوقها بعد الرهن

فإن المحكى عن الشيخ و الحلى و ابن زهرة و المختلف و التذكرة و اللمعة و المسالك و المحقق الثانى و السيورى و أبى العباس و الصيمرى جواز بيعها حينئذ و لعله لعدم الدليل على بطلان حكم الرهن السابق بالاستيلاد اللاحق بعد تعارض أدلة حكم الرهن و أدلة المنع عن بيع أم الولد فى دين غير ثمنها خلافا للمحكى عن الشرائع و التحرير فالمنع مطلقا. و عن الشهيد فى بعض تحقيقاته الفرق بين وقوع الوطء بإذن المرتهن و وقوعه بدونه و عن الإرشاد و القواعد التردد و تمام الكلام فى باب الرهن.

و منها ما إذا كان علوقها بعد إفلاس المولى و الحجر عليه

و كانت فاضلة عن المستثنيات فى أداء الدين فتباع حينئذ كما فى القواعد و اللمعة و جامع المقاصد.

و عن المهذب و كنز العرفان و غاية المرام لما ذكر من سبق تعلق حق الديان بها و لا دليل على بطلانه بالاستيلاد و هو حسن مع وجود الدليل على تعلق حق الغرماء بالأعيان أما لو لم يثبت إلا الحجر على المفلس فى التصرف و وجوب بيع الحاكم أمواله فى الدين فلا يؤثر فى دعوى اختصاصها بما هو قابل للبيع فى نفسه فتأمل و تمام الكلام فى باب الحجر إن شاء الله.

و منها ما إذا كان علوقها بعد جنايتها

و هذا فى الجناية التى لا تجوز البيع لو كانت لاحقة بل تلزم المولى بالفداء و أما لو قلنا بأن الجناية اللاحقة أيضا ترفع المنع لم يكن فائدة فى فرض تقديمها.

و منها ما إذا كان علوقها فى زمان خيار بائعها

فإن المحكى عن الحلى جواز استردادها مع كونها ملكا للمشترى و لعله لاقتضاء الخيار ذلك فلا يبطله الاستيلاد خلافا للعلامة و ولده و المحقق و الشهيد الثانيين و غيرهم فحكموا بأنه إذا فسخ رجع بقيمة أم الولد و لعله لصيرورتها منزلة التالف و الفسخ بنفسه لا يقتضى إلا جعل العقد من زمان الفسخ كأن لم يكن و أما وجوب رد العين فهو من أحكامه لو لم يمنع عقلا أو شرعا و المانع الشرعى كالعقلى. نعم لو قيل إن الممنوع إنما هو نقل المالك أو النقل من قبله لديونه أما الانتقال عنه بسبب يقتضيه الدليل خارج عن اختياره

فلم یثبت فلاـ مـانع شـرعا من استرداد عینهـا. و الحاصـل أن منع الاستیلاـد عن استرداد بائعهـا لهـا یحتاج إلی دلیل مفقود اللهم إلا أن یـدعی أن الاستیلاد حق لأم الولـد مانع عن انتقالها عن ملک المولی لحقه أو لحق غیره إلا أن یکون للغیر حق أقوی أو سابق یقتضـی انتقالهـا و المفروض أن حق الخیـار لاـ یقتضـی انتقالهـا بقول مطلق بل یقتضـی انتقالها مع الإمکان شـرعا و المفروض أن تعلق حق أم الولد مانع شرعا کالعتق و البیع علی القول بصحتهما فی زمان الخیار فتأمل.

و منها ما إذا کان علوقها بعد اشتراط أداء مال الضمان منها

بنـاء علی مـا اسـتظهر الاتفاق علیه من جواز اشتراط الأداء من مال معین فیتعلق به حق المضـمون له و حیث فرض سابقا علی الاستیلاد فلا یزاحم به علی قول محکی فی الروضة.

و منها ما إذا کان علوقها بعد نذر جعلها صدقة

إذا کان النذر مشروطا بشرط لم یحصل قبل الوطء ثم حصل بعده بناء علی ما ذکروه من خروج المنذور کونها صدقة عن ملک الناذر بمجرد النـذر فی المطلق بعـد حصول الشـرط فی المعلق کمـا حکاه صاحب المـدارک عنهم فی باب الزکاة و یحتمل کون استیلادها کإتلافها فیحصل الحنث و تسـتقر القیمـة جمعا بین حقی أم الولـد و المنذور له و لو نذر التصدق بها فإن کان مطلقا قلنا بخروجها عن الملک بمجرد ذلک کما حکی عن بعض فلا حکم للعلوق و إن قلنا بعدم خروجها عن ملکه احتمل تقدیم حق المنذور له فی العین و تقـدیم حق الاستیلاـد و الجمع بینهمـا بالقیمـة و لو کـان معلقـا فوطئهـا قبـل حصول الشـرط صارت أم ولـد فإذا حصل الشـرط وجب التصـدق بها لتقـدم سـببه و یحتمل انحلال النـذر لصـیرورة التصـدق مرجوحا بالاستیلاد مع الرجوع إلی القیمة أو بدونه و تمام الکلام یحتاج إلی بسط تمام لا یسعه الوقت.

و منها ما إذا کان علوقها من مکاتب مشروط ثم فسخت کتابته فللمولی أن یبیعها

علی ما حکاه فی الروضة عن بعض الأصحاب بناء علی أن مستولدته أم ولد بالفعل غیر معلق علی عتقه فلا یجوز له بیع ولدها.

و [أما] القسم الرابع- فهو ما کان إبقاؤها فی ملک المولی غیر معرض لها للعتق

لعـدم توریث الولـد من أبیه لأحـد موانع الإرث أو لعـدم ثبوت النسب من طرف الأم أو الأب واقعا لفجور أو ظاهرا باعتراف ثم إنا لم نذکر فی کل مورد من موارد الاستثناء إلا قلیلا من کثیر ما یحتمله من الکلام فیطلب تفصیل کل واحد من مقامه

مسألة و من أسباب خروج الملک عن کونه طلقا کونه مرهونا

اشارة

فإن الظاهر بل المقطوع به الاتفاق علی عدم استقلال المالک فی بیع ملکه المرهون.
و حکی عن الخلاـف إجمـاع الفرقـة و أخبارهم علی ذلک و قـد حکی الإجماع عن غیره أیضا. و عن المختلف فی باب تزویـج الأمة المرهونة أنه أرسل عن النبی ص: إن الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف فی الرهن.

و إنما الكلام في أن بيع الراهن هل يقع باطلا من أصله أو يقع موقوفا على الإجازة

أو سقوط حقه بإسقاطه أو بالفك. فظاهر عبائر جماعة من القدماء و غيرهم الأول إلا أن صريح الشيخ في النهاية و ابن حمزة في الوسيلة و جمهور المتأخرين عدا شاذ منهم هو كونه موقوفا و هو الأقوى للعمومات السليمة عن المخصص لأن معقد الإجماع و الأخبار الظاهرة في المنع عن التصرف هو الاستقلال كما يشهد به عطف المرتهن على الراهن مع ما ثبت في محله من وقوع تصرف المرتهن موقوفا لا باطلا. و على تسليم الظهور في بطلان التصرف رأسا فهي موهونة بمصير جمهور المتأخرين على خلافه هذا كله مضافا إلى ما يستفاد من صحة نكاح العبد بالإجازة معللا بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده إذ المستفاد منه أن كل عقد كان النهي عنه لحق الآدمي يرتفع المنع و يحصل التأثير بارتفاع المنع و حصول الرضا. و ليست تلك كمعصية الله أصالة في إيقاع العقد التي لا يمكن أن يلحقها رضا الله تعالى

المكاسب، ج۲، ص ۱۸۲

هذا كله مضافا إلى فحوى أدلة صحة الفضولي لكن الظاهر من التذكرة أن كل من أبطل عقد الفضولي أبطل العقد هنا و فيه نظر لأن من استند في البطلان في الفضولي إلى مثل قوله ص: لا بيع إلا في ملك لا يلزمه البطلان هنا بل الأظهر ما سيجيء عن إيضاح النافع من أن الظاهر وقوف هذا العقد و إن قلنا ببطلان الفضولي. و قد ظهر من ذلك ضعف ما قواه بعض من عاصرناه- من القول بالبطلان متمسكا بظاهر الإجماعات و الأخبار المحكية على المنع و النهي قال و هو موجب للبطلان و إن كان لحق الغير إذ العبرة بتعلق النهي بالعقد لا لأمر خارج منه و هو كاف في اقتضاء الفساد كما اقتضاء في بيع الوقف و أم الولد و غيرهما مع استوائهما في كون سبب النهي حق الغير. ثم أورد على نفسه بقوله فإن قلت فعلى هذا يلزم بطلان العقد الفضولي و عقد المرتهن مع أن كثيرا من الأصحاب ساووا بين الراهن و المرتهن في المنع كما دلت عليه الرواية فيلزم بطلان عقد الجميع أو صحته فالفرق تحكم. قلنا إن التصرف المنهي عنه إن كان انتفاعا بمال الغير فهو محرم و لا يحل له الإجازة المتعقبة و إن كان عقدا أو إيقاعا فإن وقع بطريق الاستقلال لا على وجه النيابة عن المالك فالظاهر أنه كذلك كما سبق في الفضولي و إلا فلا يعد تصرفا يتعلق به النهي فالعقد الصادر عن الفضولي قد يكون محرما و قد لا يكون كذلك و كذا الصادر عن المرتهن إن وقع بطريق الاستقلال المستند إلى البناء على ظلم الراهن و غصب حقه أو إلى زعم التسلط عليه بمجرد الارتهان كان منهيا عنه و إن كان بقصد النيابة عن الراهن في مجرد إجراء الصيغة فلا يزيد عن عقد الفضولي فلا يتعلق به نهي أصلا. و أما المالك فلما حجر على ماله برهنه و كان عقده لا يقع إلا مستندا إلى ملكه لانحصار المالكية فيه و لا معنى لقصده النيابة فهو منهي عنه لكونه تصرفا مطلقا و منافيا للحجر الثابت عليه فتخصص العمومات بما ذكر و مجرد الملك لا يقضي بالصحة إذ الظاهر بمقتضى التأمل الصادق أن المراد بالملك المسوغ للبيع هو ملك الأصل مع التصرف فيه و لذلك لم يصح البيع في مواضع وجد فيها سبب الملك و كان ناقصا للمنع عن التصرف. ثم قال و بالجملة فالذي يظهر من تتبع الأدلة أن العقود ما لم تنته إلى المالك فيمكن وقوعها موقوفة على إجازته و أما إذا انتهت إلى إذن المالك أو إجازته أو صدرت عنه و كان تصرفه على وجه الأصالة فلا تقع على وجهين بل تكون فاسدة أو صحيحة لازمة إذا كان وضع ذلك العقد على اللزوم و أما التعليل المستفاد من الرواية المروية في النكاح و هو قوله ع: إنه لم يعص الله و إنما عصى سيده فهو جار فيمن لم يكن مالكا كالعبد لا يملك أمر نفسه و أما المالك المحجور عليه فهو عاص لله بالأصالة بتصرفه و لا يقال إنه عصى المرتهن لعدم كونه مالكا و إنما منع الله من تفويت حقه بالتصرف و ما ذكرناه جار في كل مالك متول لأمر نفسه إذا حجر على ماله لعارض كالمفلس و غيره فيحكم بفساد الجميع و ربما تتجه الصحة فيما إذا كان الغرض من الحجر رعاية مصلحة كالشفعة فالقول بالبطلان هنا كما اختاره أساطين الفقهاء هو الأقوى انتهى كلامه رفع مقامه. و يرد عليه بعد منع الفرق في الحكم بين بيع ملك الغير على وجه الاستقلال و بيعه على وجه النيابة و منع اقتضاء مطلق النهي لا لأمر خارج الفساد. أولا أن نظير ذلك يتصور في بيع الراهن فإنه قد يبيع رجاء لإجازة المرتهن و لا ينوي

الاستقلال و قد يبيع جاهلا بالرهن أو بحكمه أو ناسيا و لا حرمة فی شیء من ذلک. و ثانيا أن المتيقن من الإجماع و الأخبار على منع الراهن كونه على نحو منع المرتهن على ما تقتضيه عبارة معقد الإجماع و الأخبار أعنی قولهم الراهن و المرتهن ممنوعان و معلوم أن المنع فی المرتهن إنما هو على وجه لا- ينافی وقوعه موقوفا و حاصله يرجع إلى منع العقد على الرهن و الوفاء بمقتضاه على سبيل الاستقلال و عدم مراجعة صاحبه فی ذلک و إثبات المنع أزيد من ذلک يحتاج إلى دليل و مع عدمه يرجع إلى العمومات. و أما ما ذكره من منع جريان التعليل فی روايات العبد فيما نحن فيه مستندا إلى الفرق فيما بينهما فلم أتحقق الفرق بينهما بل الظاهر كون النهی فی كل منهما لحق الغير فإن منع الله جل ذكره من

تفويت حق الغير ثابت فی كل ما كان النهی عنه لحق الغير من غير فرق بين بيع الفضولی و نكاح العبد و بيع الراهن. و أما ما ذكره من المساواة بين بيع الراهن و بيع الوقف و أم الولد ففيه أن الحكم فيهما تعبد و لذا لا- يؤثر الإذن السابق فی صحة البيع فقياس الرهن عليهما فی غير محله. و بالجملة فالمستفاد من طريقة الأصحاب بل الأخبار أن المنع من المعاملة إذا كان لحق الغير الذی يكفی إذنه السابق لا- يقتضی الإبطال رأسا بل إنما يقتضی الفساد بمعنی عدم ترتب الأثر عليه مستقلا من دون مراجعة ذی الحق و يندرج فی ذلک الفضولی و عقد الراهن و المفلس و المريض و عقد الزوج لبنت أخت زوجته أو أخيها و للأمة على الحرة و غير ذلک فإن النهی فی جميع ذلک إنما يقتضی الفساد بمعنی عدم ترتب الأثر المقصود من العقد عرفا و هو صيرورته سببا مستقلة لآثاره من دون مدخلية رضا غير المتعاقدين و قد يتخيل وجه آخر لبطلان البيع هنا بناء على ما سيجیء من أن ظاهرهم كون الإجازة هنا كاشفة حيث إنه يلزم منه كون مال غير الراهن و هو المشتری رهنا للبائع و بعبارة أخرى الرهن و البيع متنافيان فلا يحكم بتحققهما فی زمان واحد أعنی ما قبل الإجازة و هذا نظير ما تقدم فی مسألة من باع شيئا ثم ملكه من أنه على تقدير صحة البيع يلزم كون الملک لشخصين فی الواقع و يدفعه أن القائل يلتزم بكشف الإجازة عن عدم الرهن فی الواقع و إلا لجرى ذلک فی العقد الفضولی أيضا لأن فرض كون المجيز مالكا للمبيع نافذ الإجازة يوجب تملک مالكين لملک واحد قبل الإجازة و أما ما يلزم فی مسألة من باع شيئا ثم ملكه فلا يلزم فی مسألة إجازة المرتهن. نعم يلزم فی مسألة فک الرهن و سيجیء التنبيه عليه إن شاء الله تعالى.

[هل إجازة المرتهن كاشفة أو ناقلة]

ثم إن الكلام فی كون الإجازة من المرتهن كاشفة أو ناقلة هو الكلام فی مسألة الفضولی و محصله أن مقتضی القاعدة النقل إلا أن الظاهر من بعض الأخبار هو الكشف و القول بالكشف هناک يستلزمه هنا بالفحوى لأن إجازة

المكاسب، ج ۲، ص ۱۸۳

المالک أشبه بجزء المقتضی و هی هنا من قبيل رفع المانع و من أجل ذلک جوزوا عتق الراهن هنا مع تعقب إجازة المرتهن مع أن الإيقاعات عندهم لا تقع مراعاة و الاعتذار عن ذلک ببناء العتق على التغليب كما فعله المحقق الثانی فی كتاب الرهن فی مسألة عفو الراهن عن جناية الجانی على العبد المرهون مناف لتمسكهم فی العتق بعمومات العتق مع أن العلامة قدس سره فی تلک المسألة قد جوز العفو مراعى بفک الرهن هذا إذا رضی المرتهن بالبيع و أجازه أما إذا أسقط حق الرهن ففی كون الإسقاط كاشفا أو ناقلا كلام يأتی فی افتكاک الرهن أو إبراء الدين

[هل تنفع الإجازة بعد الرد أم لا]

ثم إنه لا إشكال فی أنه لا ينفع الرد بعد الإجازة و هو واضح و هل ينفع الإجازة بعد الرد وجهان من أن الرد فی معنی عدم رفع اليد

عن حقه فله إسقاطه بعد ذلک و ليس ذلک کرد بيع الفضولى لأن المجيز هناک فى معنى أحد المتعاقدين و قد تقرر أن رد أحد المتعاقدين مبطل لإنشاء العاقد الآخر بخلافه هنا فإن المرتهن أجنبى له حق فى العين و من أن الإيجاب المؤثر إنما يتحقق برضا المالک و المرتهن فرضاء کل منهما جزء مقوم للإيجاب المؤثر فکما أن رد المالک فى الفضولى مبطل للعقد بالتقريب المتقدم کذلک رد المرتهن و هذا هو الأظهر من قواعدهم

[فک الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة]

ثم إن الظاهر أن فک الرهن بعد البيع بمنزلة الإجازة لسقوط حق المرتهن بذلک کما صرح به فى التذکرة.
و حکى عن فخر الإسلام و الشهيد فى الحواشى و هو الظاهر من المحقق و الشهيد الثانيين و يحتمل عدم لزوم العقد بالفک کما احتمله فى القواعد بل بمطلق السقوط الحاصل بالإسقاط أو الإبراء أو بغيرهما نظرا إلى أن الراهن تصرف فيما فيه حق المرتهن و سقوطه بعد ذلک لا يؤثر فى تصحيحه

و الفرق بين الإجازة و الفک

أن مقتضى ثبوت الحق له هو صحة إمضائه للبيع الواقع فى زمان حقه و إن لزم من الإجازة سقوط حقه فيسقط حقه بلزوم البيع. و بالجملة فالإجازة تصرف من المرتهن فى الرهن حال وجود حقه أعنى حال العقد بما يوجب سقوط حقه نظير إجازة المالک بخلاف الإسقاط أو السقوط بالإبراء أو الأداء فإنه ليس فيه دلالة على مضى العقد حال وقوعه فهو أشبه شىء ببيع الفضولى أو الغاصب لنفسهما ثم تملکهما و قد تقدم الإشکال فيه عن جماعة مضافا إلى استصحاب عدم اللزوم الحاکم على عموم أوفوا بالعقود بناء على أن هذا العقد غير لازم قبل السقوط فيستصحب حکم الخاص و ليس ذلک محل التمسک بالعام إذ ليس فى اللفظ عموم زمانى حتى يقال إن المتيقن خروجه هو العقد قبل السقوط فيبقى ما بعد السقوط داخلا فى العام. و يؤيد ما ذکرناه بل يدل عليه ما يظهر من بعض الروايات من عدم صحة نکاح العبد بدون إذن سيده بمجرد عتقه ما لم يتحقق الإجازة و لو بالرضا المستکشف من سکوت السيد مع علمه بالنکاح هذا و لکن الإنصاف ضعف الاحتمال المذکور من جهة أن عدم تأثير بيع المالک فى زمان الرهن ليس إلا لمزاحمة حق المرتهن المتقدم على حق المالک بتسليط المالک فعدم الأثر ليس لقصور فى المقتضى و إنما هو من جهة المانع فإذا زال أثر المقتضى. و مرجع ما ذکرنا إلى أن أدلة سببية البيع المستفادة من نحو أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و من: الناس مسلطون على أموالهم و نحو ذلک عامة و خروج زمان الرهن يعلم أنه من جهة مزاحمة حق المرتهن الذى هو أسبق فإذا زال المزاحم وجب تأثير السبب و لا مجال لاستصحاب عدم تأثير البيع للعلم بمناط المستصحب و ارتفاعه فالمقام من باب وجوب العمل بالعام لا من مقام استصحاب حکم الخاص فافهم. و أما قياس ما نحن فيه على نکاح العبد بدون إذن سيده فهو قياس مع الفارق لأن المانع عن سببية نکاح العبد بدون إذن سيده قصور تصرفاته عن الاستقلال فى التأثير لا مزاحمة حق السيد لمقتضى النکاح إذ لا منافاة بين کونه عبدا و کونه زوجا. و لأجل ما ذکرنا لو تصرف العبد لغير السيد ببيع أو غيره ثم عتق العبد لم ينفع فى تصحيح ذلک التصرف-

[هل سقوط حق الرهانة کاشف أو ناقل]

هذا و لکن مقتضى ما ذکرنا کون سقوط حق الرهانة بالفک أو الإسقاط أو الإبراء أو غير ذلک ناقلا و مؤثرا من حينه لا کاشفا عن

تـأثير العقـد من حين وقوعه خصوصـا بنـاء على الاسـتدلال على الكشف بمـا ذكره جماعـة ممن قارب عصـرنا من أن مقتضـى مفهوم الإجـازة إمضـاء العقـد من حينه فـإن هـذا غير متحقق فی فـك الرهن فهو نظير بيع الفضولی ثم تملكه للمـبيع حيث إنه لاـ يسع القـائل بصـحته إلاـ التزام تأثير العقـد من حين انتقاله عن ملك المالك الأول لا من حين العقـد و إلا لزم فی المقام كون ملك الغير رهنا لغير مالكه كما يلزم فی تلك المسألة كون المبيع لمالكين فی زمان واحد لو قلنا بكشف الإجازة للتأثير من حين العقد هذا

[ظاهر كل من قال بلزوم العقد هو الكشف

و لكن ظاهر كل من قال بلزوم العقـد هو القول بالكشف. و قـد تقـدم عن القواعـد فی مسألة عفو الراهن عن الجانی على المرهون أن الفك يكشف عن صـحته و يدل على الكشف أيضا ما اسـتدلوا به على الكشف فی الفضولی من أن العقد سبب تام إلی آخر ما ذكره فی الروضـة و جـامع المقاصـد ثم إن لاـزم الكشف كمـا عرفت فی مسألـة الفضولی لزوم العقـد قبـل إجازة المرتهن من طرف الراهن كالمشتری الأصيل فلا يجوز له فسخه بل و لا إبطاله بالإذن للمرتهن فی البيع.

[لو باع الراهن فهل يجب عليه فك الرهن من مال آخر أم لا يجب

نعم يمكن أن يقال بوجوب فكه من مال آخر إذ لا يتم الوفاء بالعقـد الثانی إلا بذلك فالوفاء بمقتضـی الرهن غير مناف للوفاء بالبيع و يمكن أن يقال إنه إنما يلزم الوفاء بالبيع بمعنی عـدم جواز نقضه و أما دفع حقوق الغير و سـلطنته فلا يجب و لـذا لا يجب علی من باع مـال الغير لنفسه أن يشـتريه من مـالكه و يـدفعه إليه بنـاء علی لزوم العقـد بـذلك و كيف كـان فلو امتنع فهـل يبـاع عليه لحق المرتهن لاقتضاء الرهن ذلك و إن لزم من ذلك إبطال بيع الراهن لتقـدم حق المرتهن أو يجبر الحاكم الراهن علی فكه من مال آخر جمعا بين حقی المشتری و المرتهن اللازمين علی الراهن البائع وجهان و مع انحصار المال فی المبيع فلا إشكال فی تقديم حق المرتهن

مسألة إذا جنی العبد عمدا بما يوجب قتله أو استرقاق كله أو بعضه

فالأقوی صـحة بيعه وفاقا للمحكی عن العلامـة و الشـهيد و المحقق الثانی و غيرهم بل فی شـرح الصـيمری أنه المشـهور لأنه لم يخرج باستحقاقه للقتل أو الاسترقاق

المكاسب، ج۲، ص ۱۸۴

عن ملـك مولاه علی ما هو المعروف عمن عـدا الشـيخ فی الخلاف كما سـيجیء و تعلق حق المجنی عليه به لا يوجب خروج الملك عن قابلية الانتفاع به و مجرد إمكان مطالبة أولياء المجنی عليه له فی كل وقت بالاسترقاق أو القتل لا يسـقط اعتبار ماليته. و علی تقدير تسـليمه فلا ينقص ذلك عن بيع مال الغير فيكون موقوفا علی افتكاكه عن القتل و الاسترقاق فإن افتك لزم و إلا بطل البيع من أصـله و يحتمـل أن يكون الـبيع غير مـتزلزل فيكون تلفه من المشـتری فی غير زمن الخيـار لوقوعه فی ملكه غايـة الأـمر أن كون المـبيع عرضـة لـذلك يوجب الخيـار مع الجهـل كـالمبيع الأرمـد إذا عمی و المريض إذا مـات بمرضه و يرده أن المبيع إذا كان متعلقا لحق الغير فلا يقبل أن يقع لازما لأدائه إلی سـقوط حق الغير فلا بد إما أن يبطل و إما أن يقع مراعی. و قد عرفت أن مقتضی عدم استقلال البائع فی ماله و مدخلية الغير فيه وقوع بيعه مراعی لا باطلا و بذلك يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين بيع المريض الذی يخاف عليه من الموت و الأرمـد الـذی يخـاف عليه من العمی الموجب للانعتـاق فإن الخوف فی المثالين لا يوجب نقصانا فی سـلطنة المالك مانعا عن نفوذ تمليكه منجزا بخلاف تعلق حق الغير اللهم إلا أن يقال إن تعلق حق المجنی عليه لا يمنع من نفوذ تمليكه منجزا لأن للبائع سلطنة مطلقة

علیه و کذا للمشتری و لذا یجوز التصرف لهما فیه من دون مراجعة ذی الحق غایة الأمر أن له التسلط علی إزالة ملکهما و رفعه بالإتلاف أو التملیک و هذا لا یقتضی وقوع العقد مراعی و عدم استقرار الملک. و بما ذکرنا ظهر الفرق بین حق المرتهن المانع من تصرف الغیر و حق المجنی علیه غیر المانع فعلا غایة الأمر أنه مانع شأنا و کیف کان فقد حکی عن الشیخ فی الخلاف البطلان فإنه قال فیما حکی عنه إذا کان للرجل عبد جان فباعه مولاه بغیر إذن المجنی علیه فإن کانت جنایته توجب القصاص فلا یصح البیع و إن کانت جنایته توجب الأرش صح إذا التزم مولاه بالأرش ثم استدل بأنه إذا وجب علیه القود فلا یصح بیعه لأنه قد باع منه ما لا یملکه فإنه حق للمجنی علیه و أما إذا وجب علیه الأرش صح لأن رقبته سلیمة و الجنایة أرشها فقد التزمه السید فلا وجه یفسد البیع انتهی و قد حکی عن المختلف أنه حکی عنه فی کتاب الظهار التصریح بعدم بقاء ملک المولی علی الجانی عمدا حیث قال إذا کان عبد قد جنی جنایة فإنه لا یجزی عتقه عن الکفارة و إن کانت خطأ جاز ذلک و استدل بإجماع الفرقة فإنه لا خلاف بینهم أنه إذا کانت جنایته عمدا ینتقل ملکه إلی المجنی علیه و إن کانت خطأ فدیة ما جناه علی مولاه انتهی و ربما یستظهر ذلک من عبارة الإسکافی فی المحکی عنه فی الرهن و هی أن من شرط الرهن أن یکون رهن الراهن مثبتا لملکه إیاه غیر خارج بارتداد أو استحقاق الرقبة بجنایته عن ملکه انتهی و ربما یستظهر البطلان من عبارة الشرائع أیضا فی کتاب القصاص حیث قال إذا قتل العبد حرا عمدا فأعتقه مولاه صح و لم یسقط القود و لو قیل لا یصح لئلا یبطل حق الولی من الاسترقاق کان حسنا و کذا بیعه و هبته انتهی. لکن یحتمل قویا أن یکون مراده بالصحة وقوعه لازما غیر متزلزل کوقوع العتق لأنه الذی یبطل به حق الاسترقاق دون وقوعه مراعی بافتکاکه عن القتل و الاسترقاق و کیف کان فالظاهر من عبارة الخلاف الاستناد فی عدم الصحة إلی عدم الملک و هو ممنوع لأصالة بقاء ملکه و ظهور لفظ الاسترقاق فی بعض الأخبار فی بقاء الملک. نعم فی بعض الأخبار ما یدل علی الخلاف و یمکن أن یکون مراد الشیخ بالملک السلطنة علیه فإنه ینتقل إلی المجنی علیه و یکون عدم جواز بیعه من المولی مبنیا علی المنع عن بیع الفضولی المستلزم للمنع عن بیع کل ما یتعلق به حق للغیر تنافیه السلطنة المطلقة من المشتری علیه کما فی الرهن.

مسألة إذا جنی العبد خطأ صح بیعه علی المشهور

بل فی شرح الصیمری أنه لا خلاف فی جواز بیع الجانی إذا کانت الجنایة خطأ أو شبه عمد و یضمن المولی أقل الأمرین من قیمته و دیة الجنایة و لو امتنع کان للمجنی علیه أولویة انتزاعه فیبطل البیع و کذا لو کان المولی معسرا فللمشتری الفسخ مع الجهالة لتزلزل ملکه ما لم یفد به المولی انتهی. و ظاهره أنه أراد نفی الخلاف عن الجواز قبل التزام السید إلا أن المحکی عن السرائر و الخلاف أنه لا یجوز إلا إذا أفداه المولی أو التزم بالفداء إلا أنه إذا باع ضمن. و الأوفق بالقواعد أن یقال بجواز البیع لکونه ملکا للمولی و تعلق حق الغیر لا یمنع عن ذلک لأن کون المبیع مال الغیر لا یوجب بطلان البیع رأسا فضلا عن تعلق حق الغیر و لعل ما عن الخلاف و السرائر مبنی علی أصلهما من بطلان الفضولی و ما أشبهه من کل بیع یلزم من لزومه بطلان حق الغیر کما یومئ إلیه استدلال الحلی عن بطلان البیع قبل التزامه و ضمانه بأنه قد تعلق برقبة العبد الجانی فلا یجوز إبطاله و مرجع هذا المذهب إلی أنه لا واسطة بین لزوم البیع و بطلانه فإذا صح البیع أبطل حق الغیر. و قد تقدم غیر مرة أنه لا مانع من وقوع البیع مراعی بإجازة ذی الحق أو سقوط حقه فإذا باع المولی فیما نحن فیه قبل أداء الدیة أو أقل الأمرین علی الخلاف وقع مراعی فإن فداه المولی أو رضی المجنی علیه بضمانه فذاک و إلا انتزعه المجنی علیه من المشتری و علی هذا فلا یکون البیع موجبا لضمان البائع حق المجنی علیه. قال فی کتاب الرهن من القواعد و لا یجبر السید علی فداء الجانی و إن رهنه أو باعه بل یتسلط المجنی علیه فإن استوعبت الجنایة القیمة بطل الرهن و إلا ففی المقابل انتهی لکن ظاهر العلامة فی غیر هذا المقام و غیره هو أن البیع بنفسه التزام بالفداء و لعل وجهه أنه یجب علی المولی حیث تعلق بالعبد و هو مال من أمواله و فی یده حق یتخیر المولی فی نقله عنه إلی ذمته بأن یوفی حق المجنی علیه إما من العین أو من ذمته فیجب علیه إما تخلیص العبد من المشتری بفسخ أو غیره و إما أن یفدیه من ماله فإذا امتنع المشتری من رده و المفروض عدم سلطنة

البائع على أخـذه قهرا للزوم الوفاء بالعقـد وجب عليه دفع الفداء. و يرد عليه أن فداء العبد غير لازم قبل البيع و بيعه ليس إتلافا له حتى يتعين عليه الفـداء و وجوب الوفاء بالبيع لا يقتضـى إلا رفع يـده لا رفع يد الغير بل هذا أولى بعدم وجوب الفك من الرهن الذى تقدم فى آخر المسألـة الخدشـة فى وجوب الفـك على الراهن بعـد بيعه لتعلق الـدين هنـاک بالذمـة و تعلق الحق هنـا بـالعين فتأمـل. ثم إن المصرح به فى التذكرة و المحكى عن غيرها أن للمشترى فك العبد و حكم رجوعه إلى البائع حكم قضاء الدين عنه.

المكاسب، ج۲، ص ۱۸۵

مسألة الثالث من شروط العوضين القدرة على التسليم

اشارة

فإن الظاهر الإجماع على اشتراطها فى الجملـة كما فى جامع المقاصد و فى التذكرة أنه إجماع و فى المبسوط الإجماع على عدم جواز بيع السـمک فى الماء و لا الطير فى الهواء و عن الغنيـة أنه إنما اعتبرنا فى المعقود عليه أن يكون مقـدورا عليه تحفظا مما لا يمكن فيه ذلک كالسـمک فى الماء و الطير فى الهواء فإن ما هـذه حاله لا يجوز بيعه بلا خلاف و اسـتدل فى التـذكرة على ذلک بأنه نهى النبى ص عن بيع الغرر و هـذا غرر و النهى هنـا يوجب الفساد إجماعـا على الظـاهر المصـرح به فى موضع من الإيضاح و اشـتهار الخبر بين الخاصـة و العامـة يجبر إرسـاله أمـا كون مـا نحن فيه غررا فهو الظـاهر من كلمـات كثير من الفقهـاء و أهل اللغـة حيث مثلوا للغرر ببيع السـمک فى المـاء و الطير فى الهواء مع أن معنى الغرر على مـا ذكره أكـثر أهـل اللغـة صـادق عليه. و المروى عن أمير المؤمنين ع أنه عمل ما لا يؤمن معه الضرر.

[معنى الغرر لغة]

و فى الصـحاح الغرة الغفلـة و الغار الغافل و أغره أى أتاه على غرة منه و اغتر بالشـىء أى خدع به و الغرر الخطر. و نهى رسول الله ص عن بيع الغرر و هو مثـل بيع السـمک فى المـاء و الطير فى الهواء إلى أن قـال و التغرير حمل النفس على الغرر انتهى و عن القاموس ما ملخصه غره غرا و غرورا و غره بالكسر فهو مغرور و غرير كأمير خدعه و أطمعه بالباطل إلى أن قال غرر نفسه تغريرا و تغره كتحله أى عرضـها للهلكـة و الاسم الغرر محركه إلى أن قال و الغار الغافل و اغتر غفل و الاسم الغرة بالكسـر انتهى و عن النهاية بعد تفسير الغرة بالكسر بالغفلة أنه نهى عن بيع الغرر و هو ما كان له ظاهر يغر المشترى و باطن مجهول و قال الأزهرى بيع الغرر ما كان على غير عهدة و لا ثقة و تدخل فيه البيوع التى لا يحيط بكنهها المتبايعان من كل مجهول و قد تكرر فى الحديث و منه حديث مطرف:

إن لى نفسا واحـدة و إنى لأكره أن أغرر بها أى أحملها على غير ثقة و به سـمى الشـيطان غرورا لأنه يحمل الإنسان على محابه و وراء ذلک ما يسوؤه انتهى. و قد حكى أيضا عن الأساس و المصـباح و المغرب و الجمل و المجمع تفسـير الغرر بالخطر ممثلا له فى الثلاثة الأـخيرة ببيع السـمک فى المـاء و الطير فى الهواء. و فى التـذكرة أن أهـل اللغـة فسـروا بيع الغرر بهـذين و مراده من التفسير التوضـيح بالمثال و ليس فى المحكى عن النهاية منافاة لهذا التفسير كما يظهر بالتأمل. و بالجملة فالكل متفقون على أخذ الجهالة فى معنى الغرر سواء تعلق الجهـل بأصل وجوده أم بحصوله فى يـد من انتقل إليه أم بصـفاته كما و كيفا و ربما يقال إن المنساق من الغرر المنهى عنه الخطر من حيث الجهل بصـفات المبيع و مقداره لا مطلق الخطر الشامل لتسليمه و عدمه ضرورة حصوله فى بيع كل غائب خصوصا إذا كـان فى بحر و نحوه بـل هو أوضـح شـىء فى بيع الثمـار و الزرع و نحوهمـا. و الحاصـل أن من الواضـح عـدم لزوم المخاطرة فى بيع مجهول المال بالنسـبة إلى التسلم و عدمه خصوصا بعد جبره بالخيار لو تعذر. و فيه أن الخطر من حيث حصول المبيع فى يد المشترى أعظم من الجهـل بصـفاته مع العلم بحصوله فلا وجه لتقييـد كلام أهـل اللغـة خصوصـا بعـد تمثيلهم بالمثالين المـذكورين و احتمال

إرادتهم ذكر المثالين لجهالة صفات المبيع لا الجهل بحصوله فى يده يدفعه ملاحظة اشتهار التمثيل بهما فى كلمات الفقهاء للعجز عن التسليم لا لجهالة بالصفات

[استدلال الفريقين بالنبوى المذكور على شرطية القدرة]

هـذا مضافا إلى اسـتدلال الفريقين من العامـة و الخاصـة بالنبوى المذكور على اعتبار القدرة على التسـليم كما يظهر من الانتصار حيث قال فيما حكى عنه. و مما انفردت به الإمامية القول بجواز شراء العبد الآبق مع الضميمة و لا يشترى وحده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشترى و خـالف بـاقى الفقهـاء فى ذلـك و ذهبوا إلى أنه لاـ يجوز بيع الآبق على كل حال إلى أن قال و يعول مخالفونا فى منع بيعه على أنه بيع غرر و أن نبينا ص نهى عن بيع الغرر إلى أن قال و هـذا ليس بصـحيح لأن هذا المبيع يخرجه من أن يكون غررا لانضـمام غيره إليه انتهى. و هو صـريح فى اسـتدلال جميع العامـة بـالنبوى على اشتراط القـدرة على التسـليم فالظـاهر اتفـاق أصـحابنا أيضا على الاسـتدلال به كما يظهر للمتتبع و سـيجىء فى عبارة الشـهيد التصـريح به و كيف كان فالـدعوى المـذكورة مما لا يساعـدها اللغة و لا العرف و لا كلمات أهل الشرع

[كلام الشهيد فى تفسير الغرر]

اشارة

و مـا أبعـد ما بينه و بين ما عن قواعـد الشـهيد رحمه الله حيث قال الغرر لغـة ما كان له ظاهر محبوب و باطن مكروه قاله بعضـهم و منه قوله تعالى مَتاعُ الْغُرُورِ و شـرعا هو جهل الحصول [باليـد و التصـرف. و أما المجهول المعلوم الحصول أو مجهول الصـفة فليس غررا و بينهمـا عموم و خصوص من وجه لوجود الغرر بـدون الجهـل فى العبـد الآـبق إذا كان معلوم الصـفة من قبل أم بالوصف الآن و وجود الجهل بـدون الغرر فى المكيل و الموزون و المعدود إذا لم يعتبر و قد يتوغل فى الجهالة كحجر لا يدرى أ ذهب أم فضة أم نحاس أم صخر و يوجدان فى العبد الآبق المجهول الصفة و يتعلق الغرر و الجهل تارة بالوجود كالعبد الآبق المجهول الوجود و أخرى بالحصول كالعبـد الآبق المعلوم الوجود و الطير فى الهواء و بالجنس كحب لا يـدرى ما هو و سـلعة من سـلع مختلفـة و بالنوع كعبـد من عبيـد و بالقـدر ككيـل لاـ يعرف قـدره و البيع إلى مبلغ السـهم و بالعين كثوب من ثوبين مختلفين و بالبقاء كبيع الثمرة قبل بـدو الصـلاح عند بعض الأصحاب و لو شرط فى العقد أن يبدو الصلاح لا محالة كان غررا عند الكل كما لو شرط فى العقد صيرورة الزرع سنبلا.

و الغرر قـد يكون بماله مدخل ظاهرا فى العوضـين و هو ممتنع إجماعا و قد يكون مما يتسامح به عادة لقلته كأس الجدار و قطن الجبة و هو معفو عنه إجماعـا و نحوه اشتراط الحمـل و قـد يكون مرددا بينهمـا و هو محل الخلاف كالجزاف فى مال الإجارة و المضاربـة و الثمرة قبـل بـدو الصـلاح و الآـبق قبل الضـميمة انتهى. و فى بعض كلامه تأمل ككلامه الآخر فى شـرح الإرشاد حيث ذكره فى مسألة تعين الأثمان بالتعيين الشخصى عندنا فقال قالوا يعنى المخالفين من العامة تعيينها غرر فيكون منهيا عنه.

أما الصـغرى فلجواز عدمها أو ظهورها مسـتحقة فينفسخ البيع. و أما الكبرى فظاهره إلى أن قال قلنا إنا نمنع الصـغرى لأن الغرر احتمال مجتنب عنه فى العرف بحيث لو تركه وبخ عليه و ما ذكروه لا يخطر ببال فضلا عن اللوم عليه انتهى.

[المناقشة فيما أفاده الشهيد فى شرح الإرشاد]

فإن مقتضاه أنه لو اشترى الآبق أو الضال المرجو الحصول بثمن قليل لم يكن غررا لأن العقلاء يقدمون على الضرر القليل رجاء للنفع الكثير و كذا لو اشترى المجهول المردد بين ذهب و نحاس بقيمة النحاس بناء على المعروف من

المكاسب، ج۲، ص ۱۸۶

تحقق الغرر بالجهل بالصفة و كذا شراء مجهول المقدار بثمن المتيقن منه فإن ذلک كله مرغوب فيه عند العقلاء بل يوبخون من عدل عنه اعتذارا بكونه خطرا فالأولى أن هذا النهى من الشارع لسد باب المخاطرة المفضية إلى التنازع فى المعاملات و ليس منوطا بالنهى من العقلاء ليخص مورده بالسفهاء أو المتسفهة ثم إنه قد حكى عن الصدوق رضوان الله عليه فى معانى الأخبار تعليل فساد بعض المعاملات المتعارفة فى الجاهلية كبيع المنابذة و الملامسة و بيع الحصاة بكونها غررا مع أنه لا جهالة فى بعضها كبيع المنابذة بناء على ما فسر به من أنه قول أحدهما لصاحبه انبذ إلى الثوب أو أنبذه إليک فقد وجب البيع. و بيع الحصاة بأن يقول إذا نبذت الحصاة فقد وجب البيع و لعله كان على وجه خاص يكون فيه خطر و الله العالم.

[التمسک بالنبوى المذكور أخص من المدعى

و كيف كان فلا إشكال فى صحة التمسک لاعتبار القدرة على التسليم بالنبوى المذكور إلا أنه أخص من المدعى لأن ما يمتنع تسليمه عادة كالغريق فى بحر يمتنع خروجه منه عادة و نحوه ليس فى بيعه خطر لأن الخطر إنما يطلق فى مقام تحتمل السلامة فيه و لو ضعيفا لكن هذا الفرد يكفى فى الاستدلال على بطلانه بلزوم السفاهة و كون أكل الثمن فى مقابله أكلا للمال بالباطل بل لا يعد مالا عرفا و إن كان ملكا فيصح عتقه و يكون لمالكه لو فرض التمكن منه إلا أنه لا ينافى سلب صفة التمول منه عرفا و لذا يجب على غاصبه رد تمام قيمته إلى المالک فيملكه مع بقاء العين على ملكه على ما هو ظاهر المشهور

ثم إنه ربما يستدل على هذا الشرط بوجوه أخر.

منها ما اشتهر عن النبى ص من قوله: لا تبع ما ليس عندک

بناء على أن كونه عنده لا يراد به الحضور لجواز بيع الغائب و السلف إجماعا فهو كناية لا عن مجرد الملک لأن المناسب حينئذ ذكر لفظة اللام و لا عن مجرد السلطنة عليه و القدرة على تسليمه لمنافاته لتمسک العلماء من الخاصة و العامة على عدم جواز بيع العين الشخصية المملوكة للغير ثم شرائها من مالكها خصوصا إذا كان وكيلا عنه فى بيعها و لو من نفسه فإن السلطنة و القدرة على التسليم حاصلة هذا مع أنه مورد الرواية عند الفقهاء فتعين أن يكون كناية عن السلطنة التامة الفعلية التى تتوقف على الملک مع كونه تحت اليد حتى كأنه عنده و إن كان نائبا و على أى حال فلا بد من إخراج بيع الفضولى عنه بأدلته أو بحمله على النهى المقتضى للفساد بمعنى عدم وقوعه لبائعه لو أراد ذلک و كيف كان فتوجيه الاستدلال بالخبر على ما نحن فيه ممكن. و أما الإيراد عليه بدعوى أن المراد به الإشارة إلى ما هو المتعارف فى تلک الأزمنة من بيع الشىء غير المملوک ثم تحصيله بشرائه و نحوه و دفعه إلى المشترى فمدفوع لعدم الشاهد على اختصاصه بهذا المورد و ليس فى الأخبار المتضمنة لنقل هذا الخبر ما يشهد باختصاصه بهذا المورد. نعم يمكن أن يقال إن غاية ما يدل عليه هذا النبوى بل النبوى الأول أيضا فساد البيع بمعنى عدم كونه علة تامة لترتب الأثر المقصود فلا ينافى وقوعه مراعى بانتفاء صفة الغرر و تحقق كونه عنده و لو أبيت إلا عن ظهور النبويين فى الفساد بمعنى لغوية العقد رأسا المنافية لوقوعه مراعى دار الأمر بين ارتكاب خلاف هذا الظاهر و بين إخراج بيع الرهن و بيع ما يملكه بعد البيع و بيع العبد الجانى عمدا و بيع المحجور لرق أو سفه أو فلس فإن البائع فى هذه الموارد عاجز شرعا من التسليم و لا رجحان لهذه التخصيصات فحينئذ لا مانع من

التزام وقوع بيع كل ما يعجز عن تسليمه مع رجاء التمكن منه مراعى بالتمكن منه فى زمان لا يفوت الانتفاع المعتد به. و قد صرح الشهيد فى اللمعة بجواز بيع الضالة و المجحود من غير بينة مراعى بإمكان التسليم و احتمله فى التذكرة لكن الإنصاف أن الظاهر من حال الفقهاء اتفاقهم على فساد بيع الغرر بمعنى عدم تأثيره رأسا كما عرفت من الإيضاح.

و منها أن لازم العقد وجوب تسليم كل من المتبايعين العوضين إلى صاحبه

فيجب أن يكون مقدورا لاستحالة التكليف بالممتنع و يضعف بأنه إن أريد أن لازم العقد وجوب التسليم وجوبا مطلقا منعنا الملازمة و إن أريد مطلق وجوبه فلا ينافى كونه مشروطا بالتمكن كما لو تجدد العجز بعد العقد. و قد يعترض بأصالة عدم تقيد الوجوب ثم يدفع بمعارضته بأصالة عدم تقيد البيع بهذا الشرط و فى الاعتراض و المعارضة نظر واضح فافهم.

و منها أن الغرض من البيع انتفاع كل منهما بما يصير إليه

و لا يتم إلا بالتسليم و يضعفه منع توقف مطلق الانتفاع على التسليم بل منع عدم كون الغرض منه إلا الانتفاع بعد التسليم لا الانتفاع المطلق.

و منها أن بذل الثمن على غير المقدور سفه

فيكون ممنوعا و أكله أكلا بالباطل. و فيه أن بذل المال القليل فى مقابل المال الكثير المحتمل الحصول ليس سفها بل تركه اعتذارا بعدم العلم بحصوله العوض سفه فافهم.

[هل القدرة شرط أو العجز مانع

اشارة

ثم إن ظاهر معاقد الإجماعات كما عرفت كون القدرة شرطا كما هو كذلك فى التكاليف و قد أكدت الشرطية فى عبارة الغنية المتقدمة حيث حكم بعدم جواز بيع ما لا يمكن فيه التسليم فينتفى المشروط عند انتفاء الشرط و مع ذلك كله

[استظهار صاحب الجواهر أن العجز مانع و المناقشة فيه

فقد استظهر بعض من تلك العبارة أن العجز مانع لا أن القدرة شرط قال و تظهر الفائدة فى موضع الشك ثم ذكر اختلاف الأصحاب فى مسألة الضال و الضالة و جعله دليلا على أن القدرة المتفق عليها ما إذا تحقق العجز. و فيه مع ما عرفت من أن صريح معاقد الإجماع خصوصا عبارة الغنية المتأكدة بالتصريح بالانتفاء عند الانتفاء هى شرطية القدرة أن العجز أمر عدمى لأنه عدم القدرة عمن من شأنه صنفا أو نوعا أو جنسا أن يقدر فكيف يكون مانعا مع أن المانع هو الأمر الوجودى الذى يلزم من وجوده العدم ثم لو سلم صحة

إطلاق المانع عليه لا ثمرة فيه لا في صورة الشك الموضوعي أو الحكمي و لا في غيرهما فإنا إذا شككنا في تحقق القدرة و العجز مع سبق القدرة فالأصل بقاؤها أو لا معه فالأصل عدمها أعني العجز سواء جعلت القدرة شرطا أم العجز مانعا. و إذا شككنا في أن الخارج عن عمومات الصحة هو العجز المستمر أو العجز في الجملة أو شككنا في أن المراد بالعجز ما يعم التعسر كما حكي أم خصوص التعذر فاللازم التمسك بعمومات الصحة من غير فرق بين تسمية القدرة شرطا أو العجز مانعا. و الحاصل أن التردد بين شرطية الشيء و مانعية مقابله إنما يصح و يثمر في الضدين مثل الفسق و العدالة لا فيما نحن فيه و شبهه كالعلم و

المكاسب، ج۲، ص ۱۸۷

الجهل و أما اختلاف الأصحاب في مسألة الضال و الضالة فليس لشك المالك في القدرة و العجز و مبنيا على كون القدرة شرطا أو العجز مانعا كما يظهر من أدلتهم على الصحة و الفساد بل لما سيجيء عند التعرض لحكمها

[العبرة بالقدرة في زمان الاستحقاق]

ثم إن العبرة في الشرط المذكور إنما هو في زمان استحقاق التسليم فلا ينفع وجودها حال العقد إذا علم بعدمها حال استحقاق التسليم كما لا يقدح عدمها قبل الاستحقاق و لو حين العقد و يتفرع على ذلك عدم اعتبارها أصلا إذا كانت العين في يد المشتري و فيما لا يعتبر التسليم فيه رأسا كما إذا اشترى من ينعتق عليه فإنه ينعتق بمجرد الشراء و لا سبيل لأحد عليه و فيما إذا لم يستحق التسليم بمجرد العقد إما لاشتراط تأخيره مدة و إما لتزلزل العقد كما إذا اشترى فضولا فإنه لا يستحق التسليم إلا بعد إجازة المالك فلا تعتبر القدرة على التسليم قبلها لكن يشكل على الكشف من حيث إنه لازم من طرف الأصيل فيتحقق الغرر بالنسبة إليه إذا انتقل إليه ما لم يقدر على تحصيله نعم هو حسن في الفضولي من الطرفين و مثله بيع الرهن قبل إجازة المرتهن أو فكه بل و كذا لو لم يقدر على تسليم ثمن السلم لأن تأثير العقد قبل التسليم في المجلس موقوف على تحققه فلا يلزم غرر و لو تعذر التسليم بعد العقد رجع إلى تعذر الشرط. و من المعلوم أن تعذر الشرط المتأخر حال العقد غير قادح بل لا يقدح العلم بتعذره فيما بعده في تأثير العقد إذا اتفق حصوله فإن الشروط المتأخرة لا يجب إحرازها حال العقد و لا العلم بتحققها فيما بعد. و الحاصل أن تعذر التسليم مانع في بيع يكون التسليم من أحكامه لا من شروط تأثيره و السر فيه أن التسليم فيه جزء الناقل فلا يلزم غرر من تعلقه بغير المقدور. و بعبارة أخرى الاعتبار بالقدرة على التسليم بعد تمام النقل و لهذا لا يقدح كونه عاجزا قبل القبول إذا علم بتجدد القدرة بعده و المفروض أن المبيع بعد تحقق الجزء الأخير من الناقل و هو القبض حاصل في يد المشتري فالقبض مثل الإجازة بناء على النقل و أولى منها بناء على الكشف. و كذلك الكلام في عقد الرهن فإن اشتراط القدرة على التسليم فيه بناء على اشتراط القبض إنما هو من حيث اشتراط القبض فلا يجب إحرازه حين الرهن و لا العلم بتحققه بعده فلو رهن ما يتعذر تسليمه ثم اتفق حصوله في يد المرتهن أثر العقد أثره و سيجيء الكلام في باب الرهن اللهم إلا أن يقال إن المنفي في النبوي- هو كل معاملة يكون بحسب العرف غررا فالبيع المشروط فيه القبض كالصرف و السلم إذا وقع على عوض مجهول قبل القبض أو غير مقدور غرر عرفا لأن اشتراط القبض في نقل العوضين شرعي لا عرفي فيصدق الغرر و الخطر عرفا و إن لم يتحقق شرعا إذ قبل التسليم لا انتقال و بعده لا خطر لكن النهي و الفساد يتبعان بيع الغرر عرفا و من هنا يمكن الحكم بفساد بيع غير المالك إذا باع لنفسه لا عن المالك ما لا يقدر على تسليمه اللهم إلا أن يمنع الغرر العرفي بعد الاطلاع على كون أثر المعاملة شرعا على وجه لا يلزم منه خطر فإن العرف إذا اطلعوا على انعتاق القريب بمجرد شرائه لم يحكموا بالخطر أصلا و هكذا فالمناط صدق الغرر عرفا بعد ملاحظة الآثار الشرعية للمعاملة فتأمل. ثم إن الخلاف في أصل المسألة لم يظهر إلا من الفاضل القطيفي المعاصر للمحقق الثاني حيث حكي عنه أنه قال في إيضاح النافع إن القدرة على التسليم من مصالح المشتري فقط لا أنها شرط في أصل صحة البيع فلو قدر على التسلم صح البيع و إن لم يكن البائع قادرا عليه بل لو رضي بالابتياع مع علمه بعدم تمكن البائع من التسليم جاز و ينتقل إليه و لا يرجع على البائع لعدم القدرة إذا كان البيع على ذلك مع العلم فيصح بيع المغصوب و نحوه. نعم إذا

لم يكن المبيع من شأنه أن يقبض عرفا لم تصح المعاوضة عليه بالبيع لأنه فى معنى أكل المال بالباطل و ربما احتمل إمكان المصالحة عليه و من هنا يعلم أن قوله يعنى المحقق فى النافع لو باع الآبق منفردا لم يصح إنما هو مع عدم رضا المشترى أو مع عدم علمه أو كونه بحيث لاـ يتمكن منه عرفا و لو أراد غير ذلك فهو غير مسلم انتهى. و فيه ما عرفت من الإجماع و لزوم الغرر غير المندفع بعلم المشترى لأن الشارع نهى عن الإقدام عليه إلا أن يجعل الغرر هنا بمعنى الخديعة فيبطل فى موضع تحققه و هو عند جهل المشترى و فيه ما فيه.

[القدرة على التسليم شرط بالتبع و المقصد الأصلى هو التسلم

ثم إن الظاهر كما اعترف به بعض الأساطين أن القدرة على التسليم ليست مقصودة بالاشتراط إلا بالتبع و إنما المقصد الأصلى هو التسلم و من هنا لو كان المشترى قادرا دون البائع كفى فى الصحة كما عن الإسكافى و العلامة و كاشف الرموز و الشهيدين و المحقق الثانى و عن ظاهر الانتصار أن صحة بيع الآبق على من يقدر على تسلمه مما انفردت به الإمامية و هو المتجه لأن ظاهر معاقد الإجماع بضميمة التتبع فى كلماتهم و استدلالاتهم بالغرر و غيره مختص بغير ذلك و منه يعلم أيضا أنه لو لم يقدر أحدهما على التحصيل لكن يوثق بحصوله فى يد أحدهما عند استحقاق المشترى للتسلم كما لو اعتاد الطائر العود صح وفاقا للفاضلين و الشهيدين و المحقق الثانى و غيرهم. نعم عن نهاية الأحكام احتمال العدم بسبب انتفاء القدرة فى الحال على التسليم و أن عود الطائر غير موثوق به إذ ليس له عقل باعث. و فيه أن العادة باعثة كالعقل مع أن الكلام على تقدير الوثوق و لو لم يقدر على التحصيل و تعذر عليهما إلا بعد مدة مقدرة عادة و كانت مما لا يتسامح فيه كسنة أو أزيد. ففى بطلان البيع لظاهر الإجماعات المحكية و لثبوت الغرر أو صحته لأن ظاهر معاقد الإجماع التعذر رأسا و لذا حكم مدعيه بالصحة هنا. و الغرر منفى مع العلم بوجوب الصبر عليه إلى انقضاء مدة كما إذا اشترط تأخير التسليم مدة وجهان بل قولان تردد فيهما فى الشرائع ثم قوى الصحة و تبعه فى محكى السرائر و المسالك و الكفاية و غيرها. نعم للمشترى الخيار مع جهله بفوات منفعة الملك عليه مدة و لو كانت مدة التعذر غير مضبوطة عادة كالعبد المنفذ إلى الهند لأجل حاجة لا يعلم زمان قضائها ففى الصحة إشكال- من حكمهم بعدم جواز بيع مسكن المطلقة المعتدة بالأقراء لجهالة وقت تسليم العين. و قد تقدم بعض الكلام فيه فى بيع الواقف الوقف المنقطع

[الشرط هى القدرة المعلومة للمتبايعين

ثم إن الشرط هى القدرة المعلومة للمتبائعين لأن الغرر لا يندفع بمجرد القدرة الواقعية و لو باع ما يعتقد التمكن فتبين عجزه فى زمان البيع و تجددها بعد ذلك صح و لو لم تتجدد بطل و المعتبر هو الوثوق فلا يكفى مطلق
المكاسب، ج۲، ص ۱۸۸ الظن و لا يعتبر اليقين

[هل العبرة بقدرة الموكل أو الوكيل

ثم لا إشكال فى اعتبار قدرة العاقد إذا كان مالكا لا ما إذا كان وكيلا فى مجرد العقد فإنه لا عبرة بقدرته كما لا عبرة بعلمه و أما لو كان وكيلا فى البيع و لوازمه بحيث يعد الموكل أجنبيا عن هذه المعاملة فلا إشكال فى كفاية قدرته و هل تكفى قدرة الموكل الظاهر نعم مع علم المشترى بذلك إذا علم بعجز العاقد فإن اعتقد قدرته لم يشترط علمه بذلك. و ربما قيد الحكم بالكفاية بما إذا رضى المشترى بتسليم الموكل و رضى المالك برجوع المشترى عليه و فرع على ذلك رجحان الحكم بالبطلان فى الفضولى لأن التسليم المعتبر فى العاقد غير ممكن قبل الإجازة و قدرة المالك إنما تؤثر لو بنى العقد عليها و حصل التراضى بها حال البيع لأن بيع المأذون

لا تكفى فيه قدرة الآذن مطلقا بل مع الشرط المذكور و هو غير متحقق فى الفضولى و البناء على القدرة الواقعية باطل إذ الشرط هى القدرة المعلومة دون الواقعية إلى أن قال و الحاصل أن القدرة قبل الإجازة لم توجد و بعدها إن وجدت لم تنفع ثم قال لا يقال إنه قد يحصل الوثوق للفضولى بإرضاء المالك و إنه لا يخرج عن رأيه فيتحقق له بذلك القدرة على التسليم حال العقد لأن هذا الفرض يخرج الفضولى عن كونه فضوليا- لمصاحبة الإذن للبيع غاية الأمر حصوله بالفحوى و شاهد الحال و هما من أنواع الإذن و مع الإذن لا- يكون فضوليا و لا- تتوقف صحة بيعه على الإجازة و لو سلمنا بقاءه على الصفة فمعلوم أن القائلين بصحة الفضولى لا يقصرون الحكم على هذا الفرض و فيما ذكره من مبنى مسألة الفضولى ثم فى تفريع الفضولى ثم فى الاعتراض الذى ذكره ثم فى الجواب عنه أولا و ثانيا تأمل بل نظر فتدبر.

مسألة لا يجوز بيع الآبق منفردا

على المشهور بين علمائنا كما فى التذكرة بل إجماعا كما فى الخلاف و الغنية و الرياض و بلا خلاف كما عن كشف الرموز لأنه مع اليأس عن الظفر بمنزلة التالف و مع احتماله بيع غرر منفى إجماعا نصا و فتوى خلافا لما حكاه فى التذكرة عن بعض علمائنا و لعله الإسكافى حيث إن المحكى عنه أنه لا يجوز أن يشترى الآبق وحده إلا إذا كان بحيث يقدر عليه المشترى أو يضمنه البائع انتهى و قد تقدم عن الفاضل القطيفى فى إيضاح النافع منع اشتراط القدرة على التسليم و قد عرفت ضعفه لكن يمكن أن يقال بالصحة فى خصوص الآبق لحصول الانتفاع به بالعتق خصوصا مع تقييد الإسكافى بصورة ضمان البائع فإنه يندفع به الغرر عرفا لكن سيأتى ما فيه فالعمدة الانتفاع بعتقه و له وجه لو لا النص الآتى و الإجماعات المتقدمة مع أن قابلية المبيع لبعض الانتفاعات لا يخرجه عن الغرر و كما لا يجوز جعله مثمنا لا يجوز جعله منفردا ثمنا لاشتراكهما فى الأدلة. و قد تردد فى اللمعة فى جعله ثمنا بعد الجزم بمنع جعله مثمنا و إن قرب أخيرا المنع منفردا و لعل وجه الاستناد فى المنع عن جعله مثمنا هو النص و الإجماع الممكن دعوى اختصاصهما بالثمن دون نفى الغرر الممكن منعه بجواز الانتفاع به فى العتق. و يؤيده حكمه بجواز بيع الضال و المحجور مع خفاء الفرق بينهما و بين الآبق فى عدم القدرة على التسليم و نظير ذلك ما فى التذكرة حيث ادعى أولا الإجماع على اشتراط القدرة على التسليم ليخرج البيع عن كونه بيع غرر ثم قال و المشهور بين علمائنا المنع عن بيع الآبق منفردا إلى أن قال و قال بعض علمائنا بالجواز و حكاه عن بعض العامة أيضا. ثم ذكر الضال و لم يحتمل فيه إلا جواز البيع منفردا أو اشتراط الضميمة فإن التنافى بين هذه الفقرات الثلاث ظاهر و التوجيه يحتاج إلى تأمل. و كيف كان فهل يلحق بالبيع الصلح عما يتعذر تسليمه فتعتبر فيه القدرة على التسليم وجهان بل قولان من عمومات الصلح و ما علم من التوسع فيه لجهالة المصالح عنه إذا تعذرت أو تعسرت معرفته بل مطلقا و اختصاص الغرر المنفى بالبيع و من أن الدائر على السنة الأصحاب نفى الغرر من غير اختصاص بالبيع حتى أنهم يستدلون به فى غير المعاوضات كالوكالة فضلا عن المعاوضات كالإجارة و المزارعة و المساقاة و الجعالة بل قد يرسل فى كلماتهم عن النبى ص أنه نهى عن الغرر و قد رجح بعض الأساطين جريان الاشتراط فيما لم يبن على المسامحة من الصلح و ظاهر المسالك فى مسألة رهن ما لا يقدر على تسليمه على القول بعدم اشتراط القبض فى الرهن جواز الصلح عليه. و أما الضال و المحجور و المغصوب و نحوها مما لا يقدر على تسليمه فالأقوى فيها عدم الجواز وفاقا لجماعة للغرر المنفى المعتضد بالإجماع المدعى على اشتراط القدرة على التسليم إلا أن يوهن بتردد مدعيه كالعلامة فى التذكرة فى صحة بيع الضال منفردا و بمنع الغرر خصوصا فيما يراد عتقه بكون المبيع قبل القبض مضمونا على البائع و أما فوات منفعته مدة رجاء الظفر به فهو ضرر قد أقدم عليه و جهالتها غير مضرة مع إمكان العلم بتلك المدة كضالة يعلم أنها لو لم توجد بعد ثلاثة أيام فلن توجد بعد ذلك و كذا فى المغصوب و المنهوب. و الحاصل أنه لا غرر عرفا بعد فرض كون اليأس عنه فى حكم التلف المقتضى لانفساخ البيع من أصله و فرض عدم تسلط البائع على مطالبته بالثمن لعدم تسليم المثمن فإنه لا خطر حينئذ فى البيع خصوصا مع العلم بمدة الرجاء التى يفوت الانتفاع بالمبيع فيها هذا و لكن يدفع جميع ما ذكر أن المنفى فى حديث الغرر كما تقدم هو ما كان

غررا فی نفسه عرفا مع قطع النظر عن الأحكام الشرعية الثابتة للبيع و لذا قوينا فيما سلف جريان نفی الغرر فی البيع المشروط تأثيره شرعا بالتسليم. و من المعلوم أن بيع الضال و شبهه ليس محكوما عليه فی العرف بكونه فی ضمان البائع بل يحكمون بعد ملاحظة إقدام المشتری على شرائه بكون تلفه منه فالانفساخ بالتلف حكم شرعی عارض للبيع الصحيح الذی ليس فی نفسه غررا. و مما ذكر يظهر أنه لا- يجدی فی رفع الغرر الحكم بصحة البيع مراعی بالتسليم فإن تسلم قبل مدة لا يفوت الانتفاع المعتد به و إلا تخير بين الفسخ و الإمضاء كما استقر به فی اللمعة فإن ثبوت الخيار حكم شرعی عارض للبيع الصحيح الذی فرض فيه العجز عن تسليم المبيع فلا يندفع به الغرر الثابت عرفا فی البيع

المبطل له لكن قد مرت المناقشة فی ذلك بمنع إطلاق الغرر على مثل هذا بعد اطلاعهم على الحكم الشرعی اللاحق للمبيع من ضمانه قبل العلم و من عدم التسلط على مطالبة الثمن فافهم. و لو فرض أخذ المتبايعين لهذا الخيار فی متن العقد فباعه على أن يكون له الخيار إذا لم يحصل المبيع فی يده إلى ثلاثة أيام

المكاسب، ج۲، ص ۱۸۹

أمكن جوازه لعدم الغرر حينئذ عرفا و لذا لا يعد بيع العين غير المرئية الموصوفة بالصفات المعينة من بيع الغرر لأن ذكر الوصف بمنزلة اشتراط فيه الموجب للتسلط على الرد و لعله لهذا اختار فی محكی المختلف تبعا للإسكافی جواز بيع الآبق إذا ضمنه البائع فإن الظاهر منه اشتراط ضمانه. و عن حاشية الشهيد ظهور الميل إليه و إن كان قد يرد على هذا عدم اندفاع الغرر باشتراط الضمان فتأمل.

مسألة يجوز بيع الآبق مع الضميمة فی الجملة

كما عن الانتصار و كشف الرموز و التنقيح بل بلا خلاف كما عن الخلاف حاكيا فيه كما عن الانتصار إطباق العامة على خلافه. و ظاهر الانتصار خروج البيع بالضميمة عن كونه غررا حيث حكى احتجاج العامة بالغرر فأنكره عليهم مع الضميمة و فيه إشكال. و الأولى لنا التمسك قبل الإجماعات المحكية المعتضدة بمخالفة من جعل الرشد فی مخالفته بصحيحة رفاعة النخاس قال: قلت لأبی الحسن ع أ يصلح لی أن أشتری من القوم الجارية الآبقة و أعطيهم الثمن و أطلبها أنا قال لا يصلح شراؤها إلا أن تشتری منهم معها شيئا ثوبا أو متاعا فتقول لهم أشتری منكم جاريتكم فلانة و هذا المتاع بكذا و كذا درهما فإن ذلك جائز و موثقة سماعة عن أبی عبد الله ع: فی الرجل قد يشتری العبد و هو آبق عن أهله فقال لا يصلح إلا أن يشتری معه شيئا آخر فيقول أشتری منك هذا الشیء و عبدك بكذا و كذا فإن لم يقدر على العبد كان الذی نقده فيما اشتری منه. و ظاهر السؤال فی الأولى و الجواب فی الثانية الاختصاص بصورة رجاء الوجدان و هو الظاهر أيضا من معاقد الإجماعات المنقولة فالمأيوس عادة من الظفر به الملحق بالتألف لا يجوز جعله جزء من المبيع لأن بذل جزء من الثمن فی مقابله لو لم يكن سفها أو أكلا- للمال بالباطن لجاز جعله مثمنا يباع به مستقلا فالمانع عن استقلاله بالبيع مانع عن جعله جزء مبيع للنهی عن الغرر السليم عن المخصص نعم يصح تملكه على وجه التبعية للمبيع باشتراط و نحوه و أيضا الظاهر اعتبار كون الضميمة مما يصح بيعها و أما صحة بيعها منفردة فلا تظهر من الرواية [فلو أضاف إلى الضميمة ما لا يتعذر تسليمه كفی و لا يكفی ضم المنفعة إلا إذا فهمنا من قوله ع فإن لم يقدر إلى آخر الرواية تعليل الحكم بوجود ما يمكن مقابلته للثمن فيكون ذكر اشتراط الضميمة معه من باب المثال أو كناية عن نقل مال أو حق إليه مع الآبق لئلا يخلو الثمن عن المقابل فتأمل. ثم إنه لا إشكال فی انتقال الآبق إلى المشتری إلا أنه لو بقی على إباقه و صار فی حكم التالف لم يرجع على البائع بشیء و إن اقتضت قاعدة التلف قبل القبض استرداد ما قابله من الثمن فليس معنى الرواية أنه لو لم يقدر على الآبق وقعت المعاوضة على الضميمة و الثمن لتكون المعاوضة على المجموع مراعاة لحصول الآبق فی يده كما يوهمه ظاهر المحكی عن كاشف الرموز من أن الآبق ما دام آبقا ليس مبيعا فی الحقيقة و لا جزء مبيع مع أنه ذكر بعد ذلك ما يدل على إرادة ما ذكرناه بل معناها أنه لا يرجع المشتری بتعذر الآبق الذی هو فی حكم التلف الموجب للرجوع بما يقابله التالف بما يقابله من الثمن و لو تلف قبل اليأس ففی ذهابه على المشتری إشكال

و لو تلفت الضـميمة قبـل القبض فإن كان بعـد حصول الآبق فى اليـد فالظاهر الرجوع بما قابلته الضـميمة لا مجموع الثمن لأن الآبق لا يوزع عليه الثمن ما دام آبقا و لا بعـد الحصول فى اليـد و كـذا لو كان بعد إتلاف المشترى له مع العجز عن التسليم كما لو أرسل إليه طعامـا مسـموما لأـنه بمنزلـة القبض و إن كـان قبله ففى انفسـاخ البيع فى الآبق تبعا للضـميمة أو بقائه بما قابله من الثمن وجهان من أن العقـد على الضـميمة إذا صار كأن لم يكن تبعه العقـد على الآبق لأنه كان سـببا فى صـحته و من أنه كان تابعا له فى الحدوث فيما إذا تحقق تملك المشترى له فاللازم من جعل الضميمة كأن لم يعقد عليها رأسا هو انحلال المقابلة الحاصلة بينه و بين ما يخصه من الثمن لا الحكم الآخر الذى كان يتبعه فى الابتداء لكن ظاهر النص أنه لا يقابل الآبق بجزء من الثمن أصـلا و لا يوضع له شـىء منه أبدا على تقـدير عـدم الظفر به و من هنا ظهر حكم ما لو فرض فسـخ العقـد من جهـة الضـميمة فقط لاشتراط خيار يخص بها. نعم لو عقـد على الضـميمة فضولا و لم يجز مالكها انفسـخ العقـد بالنسـبة إلى المجموع ثم لو وجـد المشترى فى الآبق عيبا سابقا إما بعد القدرة عليه أو قبلها كان له الرجوع بأرشه كذا قيل.

مسألة المعروف أنه يشترط العلم بالثمن قدرا

فلو باع بحكم أحدهما بطل إجماعا كما عن المختلف و التذكرة و اتفاقا كما عن الروضة و حاشـية الفقيه للسلطان. و السرائر فى مسألة البيع بحكم المشترى إبطاله بأن كل مبيع لم يـذكر فيه الثمن فإنه باطل بلا خلاف بين المسـلمين. و الأصل فى ذلك حديث نفى الغرر المشهور بين المسلمين.

و يؤيـده التعليل فى روايـة حماد بن ميسـرة عن جعفر عن أبيه ع: أنه يكره أن يشترى الثوب بدينار غير درهم لأنه لا يدرى كم الدينار من الدرهم. لكن فى صـحيحة رفاعة النخاس ما ظاهره المنافاة قال: سألت أبا عبد الله ع فقلت ساومت رجلا بجارية له فباعنيها بحكمى فقبضتها منه على ذلك ثم بعثت إليه بألف درهم فقلت له هذه الألف درهم حكمى عليك فأبى أن يقبلها منى و قد كنت مسستها قبل أن أبعث إليه بـألف درهم قـال فقال أرى أن تقوم الجاريـة بقيمـة عادلـة فإن كان ثمنها أكثر مما بعثت إليه كان عليك أن ترد إليه ما نقص من القيمـة و إن كـانت قيمتهـا أقل مما بعثت إليه فهو له قال فقلت أ رأيت إن أصبت بها عيبا بعـد ما مسسـتها قال ليس لك أن تردهـا و لـك أن تأخـذ قيمـة مـا بين الصـحة و العيب. لكن التأويـل فيهـا متعين لمنافاة ظاهرهـا لصـحة البيع و فساده فلا يتوهم جواز التمسك بها لصـحة هـذا البيع إذ لو كان صـحيحا لم يكن معنى لوجوب قيمـة مثلها بعد تحقق البيع بثمن خاص. نعم هى محتاجة إلى أزيـد من هذا التأويل بناء على القول بالفساد بأن يراد من قوله باعنيها بحكمى قطع المساومة على أن أقومها على نفسـى بقيمتها العادلة فى نظرى حيث إن رفاعـة كـان نحاسـا يبيع و يشترى الرقيق فقومهـا رفاعـة على نفسه بـألف درهم أمـا معاطاة و إما مع إنشاء الإيجاب وكالـة و القبول أصالـة فلمـا مسـها و بعث الـدراهم لم يقبلها المالك لظهور غبن له فى المبيع و أن رفاعـة مخطئ فى القيمـة أو لثبوت خيار الحيوان للبائع على القول به. و قوله ع إن كانت قيمتها أكثر فعليك أن ترد ما نقص

المكاسب، ج۲، ص ۱۹۰

إما أن يراد به لزوم ذلك عليه من باب إرضاء المالك إذا أراد إمساك الجارية حيث إن المالك لا حاجة له فى الجارية فيسقط خياره ببـذل التفاوت و إما أن يحمل على حصول الحبل بعـد المس فصارت أم ولـد فتعين عليه قيمتها إذا فسخ البائع و قد يحمل على صورة تلف الجاريـة و ينـافيه قوله ع فيمـا بعـد فليس عليـك أن تردها إلى آخر الروايـة. و كيف كان فالحكم بصـحة البيع بحكم المشترى و انصـراف الثمن إلى القيمة السوقية لهذه الرواية كما حكى عن ظاهر الحدائق فضـعيف. و أضـعف منه ما عن الإسكافى من تجويز قول البـائع بعتـك بسـعر مـا بعت و يكون للمشترى الخيـار و يرده أن البيع فى نفسه إذا كان غررا فهو باطل فلا يجبره الخيار و أما بيع خيار الرؤية فذكر الأوصاف فيه بمنزلة اشتراطها المانع عن حصول الغرر كما تقدم عند حكاية قول الإسكافى فى مسألة القدرة على التسليم.

مسألة العلم بقدر المثمن كالثمن

اشارة

شرط بإجماع علمائنا كما عن التذكرة. و عن الغنية العقد على المجهول باطل بلا خلاف و عن الخلاف ما يباع كيلا فلا يصح بيعه جزافا و إن شوهد إجماعا و فی السرائر ما يباع وزنا فلا يباع كيلا بلا خلاف و الأصل فی ذلک ما تقدم من النبوی المشهور

و فی خصوص الكيل و الوزن خصوص الأخبار المعتبرة

منها صحيحة الحلبی

اشارة

عن أبی عبد الله ع: فی رجل اشتری من رجل طعاما عدلا بكيل معلوم ثم إن صاحبه قال للمشتری ابتع منی هذا العدل الآخر بغير كيل فإن فيه مثل ما فی الآخر الذی ابتعته قال لا يصلح إلا أن يكيل و قال و ما كان من طعام سميت فيه كيلا فإنه لا يصلح مجازفة هذا مما يكره من بيع الطعام. و فی رواية الفقيه فلا يصح بيعه مجازفة.

[الإيراد على الصحيحة و الجواب عنه

و الإيراد على دلالة الصحيحة بالإجمال أو باشتمالها على خلاف المشهور من عدم تصديق البائع غير وجيه لأن الظاهر من قوله ع سميت فيه كيلا أنه يذكر فيه الكيل فهی كناية عن كونه مكيلا فی العادة اللهم إلا أن يقال إن وصف الطعام كذلک الظاهر فی التنويع مع أنه ليس من الطعام ما لا- يكال و لا يوزن إلا فی مثل الزرع قائما يبعد إرادة هذا المعنی فتأمل. و أما الحكم بعدم تصديق البائع فمحمول على شرائه سواء زاد أم نقص خصوصا إذا لم يطمأن بتصديقه لا شراؤه على أنه القدر المعين الذی أخبر به البائع فإن هذا لا يصدق عليه الجزاف. قال فی التذكرة لو أخبره البائع بكيله ثم باعه بذلک الكيل صح عندنا و قال فی التحرير لو أعلمه بالكيل فباعه بثمن سواء زاد أم نقص لم يجز. و أما نسبة الكراهة إلى هذا البيع فليس فيه ظهور فی المعنی المصطلح يعارض ظهور لا يصلح و لا يصح فی الفساد.

[رواية سماعة]

و فی الصحيح عن ابن محبوب عن زرعه عن سماعة قال: سألته عن شراء الطعام و ما يكال أو يوزن هل يصلح شراؤه بغير كيل و لا وزن فقال إما أن تأتی رجلا فی طعام قد اكتيل أو وزن تشتری منه مرابحة فلا بأس إن أنت اشتريته منه و لم تكله أو لم تزنه إذا أخذه [كان المشتری الأول [قد أخذه بكيل أو وزن و قلت له عند البيع إنی أربحک فيه كذا و كذا [و قد رضيت بكيلک و وزنک و دلالتها أوضح من الأولى.

[رواية أبان]

و روایهٔ أبان عن محمد بن حمران قال: قلت لأبی عبد الله ع اشترینا طعاما فزعم صاحبه أنه کاله فصدقناه و أخذناه بکیله فقال لا بأس فقلت أ یجوز أن أبیعه کما اشتریته بغیر کیل فقال لا- أما أنت فلا تبعه حتی تکیله دلت علی عدم جواز البیع بغیر کیل إلا إذا أخبره البائع فصدقه.

[روایهٔ أبی العطارد]

و فحوی روایهٔ أبی العطارد و فیها قلت: فأخرج الکر و الکرین فیقول الرجل أعطیته بکیلک فقال إذا ائتمنک فلا بأس

[و مرسلهٔ ابن بکیر]

و مرسلهٔ ابن بکیر عن رجل: سأل أبا عبد الله ع عن الرجل یشتری الجص فیکیل بعضه و یأخذ البقیهٔ بغیر کیل فقال إما أن یأخذ کله بتصدیقه و إما أن یکیله کله فإن المنع من التبعیض المستفاد منه إرشادی محمول علی أنه إن صدقه فلا حاجهٔ إلی کلفهٔ کیل البعض و إلا فلا یجزی کیل البعض و تحتمل الروایهٔ الحمل علی استیفاء المبیع بعد الاشتراء
و کیف کان ففی مجموع ما ذکر من الأخبار و ما لم یذکر مما فیه إیماء إلی المطلب من حیث ظهوره فی کون الحکم مفروغا عنه عند السائل. و تقریر الإمام کما فی روایهٔ کیل ما لا یستطاع عده و غیرها مع ما ذکر من الشهرهٔ المحققهٔ و الاتفاقات المنقولهٔ کفایهٔ فی المسألهٔ

[هل الحکم منوط بالغرر الشخصی أم لا]

ثم إن ظاهر إطلاق جمیع ما ذکر أن الحکم لیس منوطا بالغرر الشخصی و إن کانت حکمته سد باب المسامحهٔ المقتضیهٔ إلی الوقوع فی الغرر کما أن حکمه الحکم باعتبار بعض الشروط فی بعض المعاملات رفع المنازعهٔ المتوقعهٔ عند إهمال ذلک الشرط فحینئذ یعتبر التقدیر بالکیل أو الوزن و إن لم یکن فی شخص المقام غرر کما لو باع مقدارا من الطعام بما یقابله فی المیزان من جنسه أو غیره المتساوی له فی القیمهٔ فإنه لا یتصور هنا غرر أصلا مع الجهل بمقدار کل من العوضین لأنه مساو للآخر فی المقدار أو یحتمل غیر بعید حمل الإطلاقات و لا سیما الأخبار علی المورد الغالب و هو ما کان رفع الغرر من حیث مقدار العوضین موقوفا علی التقدیر. فلو فرض اندفاع الغرر بغیر التقدیر کفی کما فی الفرض المزبور و کما إذا کان للمتبایعین حدس قوی بالمقدار نادر التخلف عن الواقع و کما إذا کان المبیع قلیلا- لم یتعارف وزن المیزان لمثله کما لو دفع فلسا و أراد به دهنا لحاجهٔ فإن المیزان لم یوضع لمثله فیجوز بما تراضیا علیه من التخمین. و لا منافاهٔ بین کون الشیء من جنس المکیل و الموزون و بین عدم دخول الکیل و الوزن فیه لقلته کالحبتین و الثلاثهٔ من الحنطهٔ أو لکثرهٔ کزبرهٔ الحدید کما نبه علیه فی القواعد و شرحها و حاشیتها. و مما ذکرنا یتضح عدم اعتبار العلم بوزن الفلوس المسکوکهٔ فإنها و إن کانت من الموزون و لذا صرح فی التذکرهٔ بوقوع الربا فیها إلا أنها عند وقوعها ثمنا حکمها کالمعدود فی أن معرفهٔ مقدار مالیتها لا- تتوقف علی وزنها فهی کالقلیل و الکثیر من الموزون الذی لا یدخله الوزن و کذا شبه الفلوس من المسکوکات المرکبهٔ من النحاس و الفضهٔ کأکثر نقود بغداد فی هذا الزمان و کذا الدرهم و الدینار الخالصان فإنهما و إن کانا من الموزون و یدخل فیهما الربا إجماعا إلا أن ذلک لا ینافی جواز جعلهما عوضا من دون معرفهٔ بوزنهما لعدم غرر فی ذلک أصلا و یؤید ذلک جریان سیرهٔ الناس علی المعاملهٔ بهما من دون معرفهٔ أغلبهم بوزنها. نعم یعتبرون فیهما عدم نقصانهما عن وزنهما المقرر فی وضعهما من حیث تفاوت قیمتهما بذلک فالنقص فیهما عندهم بمنزلهٔ العیب و من هنا لا یجوز إعطاء الناقص منهما لکونه غشا و

خیانـة و بهـذا یمتـاز الـدرهم و الـدینار عن الفلوس السود و شـبهها حیث إن نقصـان الوزن لاـ یؤثر فی قیمتهـا فلا بأس بإعطاء ما یعلم نقصه. و إلی ما ذکرنا من الفرق

المکاسب، ج۲، ص ۱۹۱

أشیر فی صـحیحهٔ عبـد الرحمن قال: قلت لأبی عبد الله ع أشتری الشـیء بالدراهم فأعطی الناقص الحبهٔ و الحبتین قال لا حتی تبینه ثم قال إلا أن یکون نحو هـذه الدراهم الأوضاحیهٔ التی تکون عندنا عددا. و بالجملهٔ فإناطهٔ الحکم بوجوب معرفهٔ وزن المبیع و کیله مدار الغرر الشخصی قریب فی الغایهٔ إلا أن الظاهر کونه مخالفا لکلمات الأصحاب فی موارد کثیرهٔ

[وجوب معرفهٔ العدد فی المعدود و الدلیل علیه

ثم إن الحکم فی المعدود و وجوب معرفهٔ العدد فیه حکم المکیل و الموزون بلا خلاف ظاهر و یشـیر إلیه بل یدل علیه تقریر الإمام ع فی الروایـهٔ الآتیـهٔ المتضـمنهٔ لتجویز الکیل فی المعدود المتعذر عده. و یظهر من المحکی عن المحقق الأردبیلی المناقشهٔ فی ذلک بل المیل إلی منعه و جواز بیع المعـدود مشاهدهٔ و ترده روایهٔ الجواز الآتیهٔ. و المراد بالمعدودات ما یعرف مقدار مالیتها بإعدادها کالجوز و البیض بخلاف مثل الشاهٔ و الفرس و الثوب. و عد العلامهٔ البطیخ و الباذنجان فی المعدودات حیث قال فی شـروط السلم من القواعد و لا یکفی فی السـلم و صـحته العـد فی المعـدودات بل لا بـد من الوزن فی البطیـخ و الباذنجان و الرمان و إنما اکتفی بعدها فی البیع للمعاینـهٔ انتهی و قد صـرح فی التذکرهٔ بعدم الربا فی البطیخ و الرمان إذا کانا رطبین لعدم الوزن و ثبوته مع الجفاف بل یظهر منه کون القثّاء و الخوخ و المشـمش أیضا غیر موزونهٔ و کل ذلک محل تأمل لحصول الغرر أحیانا بعدم الوزن فالظاهر أن تقدیر المال عرفا فی المذکورات بالوزن لا بالعدد کما فی الجوز و البیض.

مسألهٔ [فی التقدیر بغیر ما یتعارف التقدیر به

اشارهٔ

لو قلنا بأن المناط فی اعتبار تقدیر المبیع- فی المکیل و الموزون و المعدود بما یتعارف التقدیر به هو عدم حصول الغرر الشخصی فلا إشـکال فی جواز تقـدیر کل منها بغیر ما یتعارف تقـدیره به إذا انتفی الغرر بـذلک- بل فی کفایهٔ المشاهدهٔ فیها من غیر تقدیر أصـلا لکن تقـدم أن ظاهر الأخبار الواردهٔ فی هـذا الباب اعتبار التقـدیر من غیر ملاحظـهٔ الغرر الشخصـی لحکمهٔ سد باب الغرر المؤدی إلی التنازع المقصود رفعه من اعتبار بعض الخصوصـیات فی أکثر المعاملات زیادهٔ علی التراضی الفعلی حال المعاملهٔ و حینئذ فیقع الکلام و الإشکال فی تقدیر بعض المعاملات بغیر ما تعارف فیه

[هل یجوز بیع المکیل وزنا و بالعکس

اشارهٔ

فنقول اختلفوا فی جواز بیع المکیـل وزنـا و بالعکس و عـدمه علی أقوال ثالثها جواز الکیل وزنا دون العکس لأن الوزن أصل الکیل و أضـبط و إنما عدل إلیه فی المکیلات تسـهیلا. فالمحکی عن الدروس فی السـلم جوازه مطلقا حیث قال و لو أسـلم فی المکیل وزنا و بالعکس فالوجه الصحهٔ لروایهٔ وهب عن الإمام الصادق ع و کأنه أشار بها إلی روایهٔ وهب عن جعفر عن أبیه عن علی ص قال: لا بأس

بسلف ما يوزن فيما يكال و ما يكال فيما يوزن. و لا يخفى قصور الرواية سندا بوهب و دلالة بأن الظاهر منها جواز إسلاف الموزون فى المكيل و بالعكس لا جواز تقدير المسلم فيه المكيل بالوزن و بالعكس. و يعضده ذكر الشيخ الرواية فى باب إسلاف الزيت فى السمن

[الكلام فى مقامين

اشارة

فالذى ينبغى أن يقال إن الكلام تارة فى كفاية كل من التقديرين فى المقدر بالآخر من حيث جعله دليلا على التقدير المعتبر فيه بأن يستكشف من الكيل وزن الموزون و بالعكس و تارة فى كفايته فيه أصلا من غير ملاحظة تقديره بالمتعارف.

أما الأول [التقدير بغير ما تعارف تقديره به من حيث جعله طريقا إلى ما تعارف فيه

فقد يكون التفاوت المحتمل مما يتسامح به عادة و قد يكون مما لا يتسامح فيه و أما الأول فالظاهر جوازه خصوصا مع تعسر تقديره بما يتعارف فيه لأن ذلك غير خارج فى الحقيقة عن تقديره مما يتعارف فيه غاية ما فى الباب أن يجعل التقدير الآخر طريقا إليه و تؤيده رواية عبد الملك بن عمرو قال: قلت لأبى عبد الله ع أشترى مائة راوية من زيت فاعترض راوية أو اثنتين فأتزنهما ثم آخذ سائره على قدر ذلك قال لا بأس و استدل بها فى التذكرة على جواز بيع الموزون عند تعذر وزنه بوزن واحد من المتعدد و نسبة الباقى إليه و أردفه بقوله و لأنه يحصل المطلوب و هو العلم. و استدلاله الثانى يدل على عدم اختصاص الحكم بصورة التعذر و التقييد بالتعذر لعله استنبطه من الغالب فى مورد السؤال و هو تعذر وزن مائة راوية من الزيت و لا يخفى أن هذه العلة لو سلمت على وجه يقدح فى عموم ترك الاستفصال إنما يجب الاقتصار على موردها لو كان الحكم مخالفا لعمومات وجوب التقدير و قد عرفت أن هذا فى الحقيقة تقدير و ليس بجزاف نعم ربما ينافى ذلك التقرير المستفاد من الصحيحة الآتية فى بيع الجوز كما سيجىء و أما لو كان التفاوت مما لا يتسامح فيه فالظاهر أيضا الجواز مع البناء على ذلك المقدر المستكشف من التقدير إذا كان ذلك التقرير أمارة على ذلك المقدار لأن ذلك أيضا خارج عن الجزاف فيكون نظير إخبار البائع بالكيل و يتخير المشترى لو نقص.
و ما تقدم من صحيحة الحلبى فى أول الباب من المنع عن شراء أحد العدلين بكيل أحدهما قد عرفت توجيهه هناك هذا كله مع جعل التقدير غير المتعارف أمارة على المتعارف.

[الثانى التقدير بغير ما تعارف تقديره به مستقلا]

و أما كفاية أحد التقديرين عن الآخر أصالة من غير ملاحظة التقدير المتعارف فالظاهر جواز بيع الكيل وزنا على المشهور كما عن الرياض لأن ذلك ليس من بيع المكيل مجازفة المنهى عنه فى الأخبار و معقد الإجماعات لأن الوزن أضبط من الكيل و مقدار مالية المكيلات معلوم به أصالة من دون إرجاع إلى الكيل.
و المحكى المؤيد بالتتبع أن الوزن أصل الكيل و أن العدول إلى الكيل من باب الرخصة و هذا معلوم لمن تتبع موارد تعارف الكيل فى الموزونات و يشهد لأصالة الوزن أن المكاييل المتعارفة فى الأماكن المتفرقة على اختلافها فى المقدار ليس لها مأخذ إلا الوزن إذ ليس هنا كيل واحد تقاس المكاييل عليه. و أما كفاية الكيل فى الموزون من دون ملاحظة كشفه عن الوزن ففيه إشكال بل لا يبعد عدم الجواز. و قد عرفت عن السرائر أن ما يباع وزنا لا يباع كيلا بلا خلاف فإن هذه مجازفة صرفه إذ ليس الكيل فيما لم يتعارف فيه وعاء منضبط فهو بعينه ما منعوه من التقدير بقصعة حاضرة أو ملء اليد فإن الكيل من حيث هو لا يوجب فى الموزونات معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة. فالقول بالجواز فيما نحن فيه مرجعه إلى كفاية المشاهدة ثم إنه قد أعلم مما ذكرنا أنه لو وقعت معاملة

الموزون بعنوان معلوم عند أحد المتبايعين دون الآخر كالحقة و الرطل و الوزنة باصطلاح أهل العراق الذى لا يعرفه غيرهم خصوصا الأعاجم فهى غير جائزة لأن مجرد ذكر أحد هذه العنوانات عليه و جعله فى الميزان و وضع صخرة مجهولة المقدار معلومة الاسم فى مقابله لا يوجب للجاهل معرفة زائدة على ما يحصل بالمشاهدة هذا كله فى المكيل و الموزون.

المكاسب، ج۲، ص ۱۹۲

و أما المعدود فإن كان الكيل أو الوزن طريقا إليه فالكلام فيه كما عرفت فى أخويه و ربما ينافيه التقرير المستفاد من صحيحة الحلبى عن أبى عبد الله ع: أنه سئل عن الجوز لا نستطيع أن نعده فيكال بمكيال ثم يعد ما فيه ثم يكال ما بقى على حساب ذلك العدد قال لا بأس به. فإن ظاهر السؤال اعتقاد السائل عدم جواز ذلك فى غير حال الضرورة- و لم يردعه الإمام ع بالتنبيه على أن ذلك غير مختص بصورة الاضطرار لكن التقرير غير واضح فلا تنهض الرواية لتخصيص العمومات و لذا قوى فى الروضة الجواز مطلقا. و أما كفاية الكيل فيه أصالة فهو مشكل لأنه لا يخرج عن المجازفة و الكيل لا يزيد على المشاهدة. و أما الموزون فالظاهر كفايته بل ظاهر قولهم فى السلم أنه لا يكفى العد فى المعدودات و إن جاز بيعها معجلا بالعد بل لا بد من الوزن أنه لا خلاف فى أنه أضبط و أنه يغنى عن العد. فقولهم فى شروط العوضين إنه لا بد من العد فى المعدودات محمول على أقل مراتب التقدير لكنه ربما ينافى ذلك تعقيب بعضهم ذلك بقولهم و يكفى الوزن عن العد فإنه بوهم كونه الأصل فى الضبط إلا أن يريدوا هنا الأصالة و الفرعية بحسب الضبط المتعارف لا بحسب الحقيقة فافهم.

بقى الكلام فى تعيين المناط فى كون الشىء مكيلا أو موزونا

فقد قيل إن الموجود فى كلام الأصحاب اعتبار الكيل و الوزن فيما بيع بهما فى زمن الشارع و حكم الباقى فى البلدان ما هو المتعارف فيهما فما كان مكيلا أو موزونا فى بلد يباع كذا و إلا فلا. و عن ظاهر مجمع البرهان و صريح الحدائق نسبته إلى الأصحاب و ربما منع ذلك بعض المعاصرين قائلا إن دعوى الإجماع على كون المدار هنا على زمانه ص على وجه المذكور غريبة فإنى لم أجد ذلك فى كلام أحد من الأساطين فضلا عن أن يكون إجماعا. نعم قد ذكروا ذلك بالنسبة إلى حكم الربا لا أنه كذلك بالنظر إلى الجهالة و الغرر الذى من المعلوم عدم المدخلية لزمانه ص فى رفع شىء من ذلك و إثباته انتهى. أقول ما ذكره دام ظله من عدم تعرض جل الفقهاء لذلك هنا يعنى فى شروط العوضين و إنما ذكروه فى باب الربا حق إلا أن المدار وجودا و عدما فى الربا على اشتراط الكيل و الوزن فى صحة بيع جنس ذلك الشىء و أكثر الفقهاء لم يذكروا تحديد هذا الشرط و المعيار فيه هنا يعنى فى شروط العوضين إلا أن الأكثر ذكروا فى باب الربا ما هو المعيار هنا و فى ذلك الباب. و أما اختصاص هذا المعيار بمسألة الربا و عدم جريانه فى شروط العوضين كما ذكره فهو خلاف الواقع. أما أولا فلشهادة تتبع كلمات الأصحاب بخلافه. قال فى المبسوط فى باب الربا إذا كانت عادة الحجاز على عهده ص فى شىء الكيل لم يجز إلا كيلا فى سائر البلاد و ما كانت فيه وزنا لم يجز إلا وزنا فى سائر البلاد و المكيال مكيال أهل المدينة و الميزان ميزان أهل مكة هذا كله لا خلاف فيه فإن كان مما لا تعرف عادته فى عهده ص حمل على عادة البلد الذى فيه ذلك الشىء فإذا ثبت ذلك فما عرف بالكيل لا يباع إلا بالكيل و ما عرف فيه الوزن لا يباع إلا وزنا انتهى. و لا يخفى عموم ما ذكره من التحديد لمطلق البيع لا لخصوص مبايعة المتماثلين و نحوه كلام العلامة فى التذكرة. و أما ثانيا فلأن ما يقطع به بعد التتبع فى كلماتهم هنا و فى باب الربا أن الموضوع فى كلتا المسألتين شىء واحد أعنى المكيل و الموزون قد حمل عليه حكمان أحدهما عدم صحة بيعه جزافا و الآخر عدم صحة بيع بعضه ببعض متفاضلا و يزيده وضوحا ملاحظة أخبار المسألتين المعنونة بما يكال أو يوزن فإذا ذكروا ضابطة لتحديد الموضوع فهى مرعية فى كلتا المسألتين. و أما ثالثا فلأنه يظهر من جماعة تصريحا أو ظهورا أن من شرط الربا كون الكيل و الوزن شرطا فى صحة بيعه. قال المحقق فى الشرائع بعد ذكر اشتراط اعتبار الكيل و الوزن فى الربا تفريعا على

ذلک إنه لا رباء فی الماء إذ لا یشترط فی بیعه الکیل أو الوزن و قال فی الـدروس و لا یجری الربا فی الماء لعدم اشتراطهما فی صـحة بیعه نقدا ثم قال و کذا الحجارة و التراب و الحطب و لا عبرة ببیع الحطب وزنا فی بعض البلدان لأن الوزن غیر شـرط فی صحته انتهی. و هذا المضمون سهل الإصابة لمن لاحظ کلماتهم فلاحظ المسالک هنا و شرح القواعد و حاشیتهما للمحقق الثانی و الشهید عند قول العلامـة و المراد بالمکیـل و الموزون هنا جنسه و إن لم یـدخلاه لقلته کالحبـة و الحبتین من الحنطـة أو لکثرته کالکزبرة و لازم ذلک یعنی اشتراط دخول الربـا فی جنس بـاشتراط الکیل و الوزن فی صـحة بیعه أنه إذا ثبت الربا فی زماننا فی جنس لثبوت کونه مکیلا أو موزونا علی عهد رسول الله ص لزم أن لا یجوز بیعه جزافا و إلا لم یصدق ما ذکروه من اشتراط الربا باشتراط التقدیر فی صـحة بیعه. و بالجملـة فتلازم الحکمین أعنی دخول الربـا فی جنس و اشتراط بیعه بالکیل أو الوزن مما لا یخفی علی المتتبع فی کتب الأصـحاب و حینئـذ فنقول کـل مـا ثبت کونه مکیلا أو موزونا فی عصـره ص فهو ربوی فی زماننا و لا یجوز بیعه جزافا فلو فرض تعارف بیعه جزافا عنـدنا کان باطلا و إن لم یلزم غرر للإجماع و لما عرفت من أن اعتبار الکیل و الوزن لحکمـة سد باب نوع الغرر لا شـخصه فهو حکم لحکمـة غیر مطردة نظیر النهی عن بیع الثمـار قبـل الظهور لرفع التنـازع و اعتبار الانضـباط فی المسـلم فیه لأن فی ترکه مظنـة التنازع و التغابن و نحو ذلک. و الظاهر کما عرفت من غیر واحد أن المسألة اتفاقیة. و أما ما علم أنه کان یباع جزافا فی زمانه ص

فالظاهر جواز بیعه کذلک عندنا مع عدم الغرر قطعا و الظاهر أنه إجماعی کما یشـهد به دعوی بعضهم الإجماع علی أن مثل هذا لیس بربوی و الشـهرة محققـة علی ذلـک. نعم ینـافی ذلـک بعض مـا تقـدم من إطلاـق النهی عن بیع المکیـل و الموزون جزافا الظاهر فیما تعارف کیله فی زمان الإمام ع أو فی عرف السائل أو فی عرف المتبایعین أو أحدهما و إن لم یتعارف فی غیره و کذلک قوله ع:

ما کان من طعام سـمیت فیه کیلا فلا یصلح مجازفة الظاهر فی وضع المکیال علیه عند المخاطب و فی عرفه و إن لم یکن کذلک فی عرف الشـارع اللهم إلاـ أن یقال إنه لم یعلم أن ما تعارف کیله أو وزنه فی عرف الأئمـة و أصـحابهم کان غیر مقـدر فی زمان الشارع حتی یتحقق المنافاة و الأصل فی ذلک أن مفهوم المکیل و الموزون فی الأخبار لا یراد بهما کلما فرض صیرورته کذلک حتی یعم ما علم کونه غیر مقـدر فی زمن الشارع بل المراد بهما المصـداق الفعلی المعنون بهما فی زمان المتکلم و هذه الأفراد لا یعلم عدم کونها مکیلـة و لاـ موزونـة فی زمن النبی ص لکن یرد علی ذلـک مع کونه مخالفـا للظـاهر المسـتفاد من عنوان ما یکال أو یوزن أنه لا دلیل حینئذ علی اعتبار الکیل

المکاسب، ج۲، ص ۱۹۳ فیمـا شـک فی کونه مقـدرا فی ذلک الزمان مع تعارف التقـدیر فیه فی الزمان الآخر إذ لا یکفی فی الحکم حینئـذ دخوله فی مفهوم المکیـل و الموزون بـل لا بـد من کونه أحـد المصادیق الفعلیـة فی زمان صـدور الأخبار و لا دلیل أیضا علی إلحاق کل بلد لحکم نفسه مع اختلاف البلدان و الحاصل أن الاستدلال بأخبار المسألة المعنونة بما یکال أو یوزن علی ما هو المشهور من کون العبرة فی التقـدیر بزمان النبی ص ثم بما اتفقت علیه بالبلاد ثم بما تعارف فی کل بلـدة بالنسـبة إلی نفسه فی غایـة الإشـکال فالأولی تنزیل الأخبار علی ما تعارف تقدیره عند المتبایعین و إثبات ما ینافی ذلک من الأحکام المشـهورة بالإجماع المنقول المعتضد بالشـهرة المحققـة و کـذا الإشـکال لو علم التقـدیر فی زمن الشـارع و لم یعلم کونه بالکیل أو بالوزن. و مما ذکرنا ظهر ضـعف ما فی کلام جماعة من التمسک لکون الاعتبار فی التقدیر بعادة الشـرع بوجوب حمل اللفظ علی المتعارف عند الشارع و لکون المرجع فیما لم یعلم عادة الشرع هی العادة المتعارفة فی البلدان بأن الحقیقة العرفیة هی المرجع عند انتفاء الشرعیة و لکون المرجع عادة کل بلد إذا اختلفت البلـدان بـأن العرف الخاص قائم مقام العام عنـد انتفائه انتهی و ذکر المحقق الثانی أیضا أن الحقیقـة العرفیـة یعتبر فیها ما کان یعتبر فی حمل إطلاق لفظ الشارع علیها فلو تغیرت فی عصـر بعـد اسـتقرارها فیما قبله فالمعتبر هو العرف السابق و لا أثر للتغیر الطاری للاستصـحاب و لظـاهر قوله ص: حکمی علی الواحـد حکمی علی الجماعـة و أمـا فی الأقـاریر و نحوهمـا فالظاهر الحوالـة علی عرف ذلک العصر الواقع فیه شیء عنها حملا له علی ما یفهمه المواقع انتهی. أقول لیس الکلام فی مفهوم المکیل و الموزون بل الکلام فیما هو المعتبر فی تحقق هـذا المفهوم فإن المراد بقولهم ع: ما کان مکیلا فلا یباع جزافا و لا یباع بعضه ببعض إلا متساویا إما أن یکون ما

هو المکیل فی عرف المتکلم أو یراد به ما هو المکیل فی العرف العام أو ما هو المکیل فی عرف کل مکلف و علی أی تقدیر فلا یفید الکلام لحکم غیر ما هو المراد فلا- بد لبیان حکم غیر المراد من دلیل خارجی و إرادة جمیع هذه الثلاثة خصوصا مع ترتیب خاص فی ثبوت الحکم بها و خصوصا مع کون مرتبة کل لاحق مع عدم العلم بسابقه لا مع عدمه غیر صحیحة کما لا یخفی. و لعل المقدس الأردبیلی أراد ما ذکرنا حیث تأمل فیما ذکروه من الترتیب بین عرف الشارع و عرف العام و العرف الخاص معللا باحتمال إرادة الکیل و الوزن المتعارف عرفا عاما أو فی أکثر البلدان أو فی الجملة مطلقا أو بالنسبة إلی کل بلد بلد کما قیل فی المأکول و الملبوس فی السجدة من الأمر الوارد بهما لو سلم و الظاهر هو الأخیر انتهی و قد رده فی الحدائق بأن الواجب فی معانی الألفاظ الواردة فی الأخبار حملها علی عرفهم صلوات الله علیهم فکل ما کان مکیلا أو موزونا فی عرفهم وجب إجراء الحکم علیه فی الأزمنة المتأخرة و ما لم یعلم فهو بناء علی قواعدهم یرجع إلی العرف العام إلی آخر ما ذکره من التفصیل ثم قال و یمکن أن یستدل للعرف العام بما تقدم فی صحیحة الحلبی من قوله ما کان من طعام سمیت فیه کیلا فإن الظاهر أن المرجع فی کونه مکیلا إلی تسمیته عرفا مکیلا- و یمکن تقییده بما لم یعلم حاله فی زمانهم ع انتهی. أقول قد عرفت أن الکلام هنا لیس فی معنی اللفظ لأن مفهوم الکیل معلوم لغة و إنما الکلام فی تعیین الاصطلاح الذی یتعارف فیه هذا المفهوم ثم لو فرض کون الکلام فی معنی اللفظ کان اللازم حمله علی العرف العام إذا لم یکن عرف شرعی لا إذا جهل عرفه الشرعی فإنه لم یقل أحد بحمل اللفظ حینئذ علی المعنی العرفی بل لا بد من الاجتهاد فی تعیین ذلک المعنی الشرعی و مع العجز یحکم بإجمال اللفظ کما هو واضح هذا کله مع أن الأخبار إنما وصلت إلینا من الأئمة ص فاللازم اعتبار عرفهم لا- عرف الشارع و أما ما استشهد به للرجوع إلی العرف العام من قوله ع ما سمیت فیه کیلا إلی آخره فیحتمل أن یراد به عرف المخاطب فیکون المعیار العرف الخاص بالمتبایعین. نعم مع العلم بالعرف العام لا عبرة بالعرف الخاص لمقطوعة ابن هاشم الآتیة فتأمل. و أبعد شیء فی المقام ما ذکره فی جامع المقاصد من أن الحقیقة العرفیة یعتبر فیها ما کان یعتبر فی حمل إطلاق لفظ الشارع علیهما

فلو تغیرت فی عصر بعد استقرارها فیما قبله إلی آخره. و بالجملة فإتمام المسائل الثلاث بالأخبار مشکل لکن الظاهر أن کلها متفق علیها.

نعم اختلفوا فیما إذا کانت البلاد مختلفة فی أن لکل بلد حکم نفسه من حیث الربا أو أنه یغلب جانب التحریم کما علیه جماعة من أصحابنا لکن الظاهر اختصاص هذا الحکم بالربا لا فی جواز البیع جزافا فی بلد لا یتعارف فیه التقدیر ثم إنه یشکل الأمر فیما علم کونه مقدرا فی زمان الشارع لکن لم یعلم أن تقدیره بالکیل أو بالوزن ففیه وجوه أقواها و أحوطها اعتبار ما هو أبعد من الغرر و أشکل من ذلک ما لو علم کون الشیء غیر مکیل فی زمان الشارع أو فی العرف العام مع لزوم الغرر فیه عند قوم خاص و لا یمکن جعل ترخیص الشارع لبیعه جزافا تخصیصا لأدلة نفی الغرر لاحتمال کون ذلک الشیء من المبتذلات فی زمن الشارع أو فی العرف بحیث یتحرز عن الغرر بمشاهدته و قد بلغ عند قوم فی العزة إلی حیث لا یتسامح فیها فالأقوی وجوب الاعتبار فی الفرض المذکور بما یندفع فیه الغرر من الکیل أو الوزن أو العد. و بالجملة فالأولی جعل المدار فیما لا إجماع فیه علی وجوب التقدیر بما بنی الأمر فی مقام استعلام مالیة الشیء علی ذلک التقدیر فإذا سئل عن مقدار ما عنده من الجوز فیجاب بذکر العدد بخلاف ما إذا سئل عن مقدار مالیة ما عنده من الرمان و البطیخ فإنه لا یجاب إلا بالوزن و إذا سئل عن مقدار الحنطة و الشعیر فربما یجاب بالکیل و ربما یجاب بالوزن لکن الجواب بالکیل مختص بمن یعرف مقدار الکیل من حیث الوزن إذ الکیل بنفسه غیر منضبط بخلاف الوزن و قد تقدم أن الوزن أصل فی الکیل. و ما ذکرنا هو المراد بالمکیل و الموزون الذین حمل علیهما الحکم بوجوب الاعتبار بالکیل و الوزن عند البیع و بدخول الربا فیهما و أما ما لا یعتبر مقدار مالیته بالتقدیر بأحد الثلاثة کالماء و التین و الخضریات فالظاهر کفایة المشاهدة فیها من غیر تقدیر فإن اختلفت البلاد فی التقدیر و العدم فلا إشکال فی التقدیر فی بلد التقدیر و أما بلد عدم التقدیر فإن کان ذلک لابتذال الشیء عندهم بحیث یتسامح فی مقدار التفاوت المحتمل مع المشاهدة

المکاسب، ج۲، ص ۱۹۴

کفت المشاهـدة و إن کان لعـدم مبالاتهم بالغرر و إقدامهم علیه حرصا مع الاعتیاد بالتفاوت المحتمل بالمشاهدة فلا اعتبار بعادتهم بل یجب مخالفتها فإن النواهی الواردة فی الشـرع عن بیوع الغرر و المجازفات کبیع الملاقیـح و المضامین و الملامسة و المنابذة و الحصاة علی بعض تفاسیرها و ثمر الشـجر قبـل الوجـود و غیر ذلـک لم ترد إلاـ ردا علی من تعـارف عنـدهم الإقـدام علی الغرر و البنـاء علی المجازفـات الموجبـة لفتـح أبواب المنازعـات. و إلی بعض ما ذکرنا أشار ما عن علی بن إبراهیم عن أبیه عن رجاله ذکره فی حـدیث طویـل قال: و لا ینظر فیما یکال أو یوزن إلا إلی العامـة و لا یؤخـذ فیه بالخاصـة فإن کان قوم یکیلون اللحم و یکیلون الجوز فلا یعتبر بهم لأن أصل اللحم أن یوزن و أصل الجوز أن یعـد. و علی ما ذکرنا فالعبرة ببلـد فیه وجود المبیع لا ببلد العقد و لا ببلد المتعاقدین و فی شـرح القواعد لبعض الأساطین ثم الرجوع إلی العادة مع اتفاقها اتفاقی و لو اختلفت فلکل بلد حکمه کما هو المشـهور. و هل یراد به بلـد العقـد أو المتعاقـدین الأقوی الأول و لو تعاقـدا فی الصـحراء رجعا إلی حکم بلـدهما و لو اختلفا رجح الأقرب أو الأعظم أو ذو الاعتبار علی ذی الجزاف أو البائع فی مبیعه و المشتری فی ثمنه أو یبنی علی الإقراع مع الاختلاف و ما اتفقا علیه مع الاتفاق أو التخییر و لعله الأقوی و یجری مثله فی معاملـة الغرباء فی الصـحراء مع اختلاف البلـدان و الأولی التخلص بإیقاع المعاملـة علی وجه لا تفسدها الجهالـة من صـلح أو هبـة بعوض أو معاطـاة و نحوهـا و لو حصل الاختلاف فی البلـد الواحـد علی وجه التساوی فالأقوی التخییر و مع الاختصاص بجمع قلیل إشکال انتهی

@@@

مسألة لو أخبر البائع بمقدار المبیع جاز الاعتماد علیه علی المشهور

اشارة

و عبارة التـذکرة مشـعرة بالاتفاق علیه و یدل علیه غیر واحد من الأخبار المتقدمة. و ما تقدم فی صـحیحة الحلبی الظاهرة فی المنع عن ذلک محمول علی صورة إیقاع المعاملـة غیر مبنیة علی المقدار المخبر به و إن کان الأخبار داعیا إلیها فإنها لا تخرج بمجرد ذلک عن الغرر. و قد تقدم عن التحریر ما یوافق ذلک

[هل یعتبر کون الخبر طریقا عرفیا للمقدار]

ثم إن الظاهر اعتبار کون الخبر طریقا عرفیا للمقـدار کما تشـهد به الروایات المتقدمة فلو لم یفد ظنا فإشـکال من بقاء الجهالة الموجبة للغرر و من عـدم تقییـدهم الأخبـار بإفـادة الظن و لاـ المخبر بالعدالـة و الأـقوی بنـاء علی اعتبـار التقـدیر و إن لم یلزم الغرر الفعلی هو الاعتبار. نعم لو دار الحکم مـدار الغرر کفی فی صـحة المعاملـة إیقاعها مبنیـة علی المقدار المخبر به و إن کان مجهولا. و یندفع الغرر ببنـاء المتعـاملین علی ذلـک المقـدار فـإن ذلک لیس بأدون من بیع العین الغائبـة علی أوصاف مـذکورة فی العقـد فیقول بعتک هـذه الصبرة علی أنها کذا و کذا صاعا و علی کل تقدیر فالحکم فیه الصحة

[ثبوت الخیار للمشتری لو تبین الخلاف بالنقیصة]

اشارة

فلو تبين الخلاف فإما أن يكون بالنقيصة و إما أن يكون بالزيادة فإن كان بالنقيصة تخير المشترى بين الفسخ و بين الإمضاء بل فى جامع المقاصد احتمال البطلان كما لو باعه ثوبا على أنه كتان فبان قطنا ثم رده بكون ذلك من غير الجنس و هذا منه و إنما الفائت الوصف لكن يمكن أن يقال إن مغايرة الموجود الخارجى لما هو عنوان العقد حقيقة مغايرة حقيقية لا تشبه مغايرة الفاقد للوصف لواجده لاشتراكهما فى أصل الحقيقة بخلاف الجزء و الكل فتأمل فإن المتعين الصحة و الخيار. ثم إنه قد عبر فى القواعد عن ثبوت هذا الخيار للبائع مع الزيادة و للمشترى مع النقيصة بقوله تخير المغبون فربما تخيل بعض تبعا لبعض أن هذا ليس من خيار فوات الوصف أو الجزء معللا بأن خيار الوصف إنما يثبت مع التصريح باشتراط الوصف فى العقد و يدفعه تصريح العلامة فى هذه المسألة فى التذكرة بأنه لو ظهر النقصان رجع المشترى بالناقص و فى باب الصرف من القواعد بأنه لو تبين المبيع على خلاف ما أخبر به البائع تخير المشترى بين الفسخ و الإمضاء بحصة معينة من الثمن. و تصريح جامع المقاصد فى المسألة الأخيرة بابتنائها على المسألة المعروفة و هى مسألة ما لو باع متساوى الأجزاء على أنه مقدار معين فبان أقل و من المعلوم أن الخيار فى تلك المسألة إما لفوات الوصف و إما لفوات الجزء على الخلاف الآتى. و أما التعبير بالمغبون فيشمل البائع على تقدير الزيادة و المشترى على تقدير النقيصة نظير تعبير الشهيد فى اللمعة عن البائع و المشترى فى بيع العين الغائبة برؤيتها السابقة مع تبين الخلاف حيث قال تخير المغبون منهما. و أما ما ذكره من أن الخيار إنما يثبت فى تخلف الوصف إذا اشترط فى متن العقد ففيه أن ذلك فى الأوصاف الخارجة التى لا يشترط اعتبارها فى صحة البيع ككتابة العبد و خياطته. و أما الملحوظ فى عنوان المبيع بحيث لو لم يلاحظ لم يصح البيع كمقدار معين من الكيل أو الوزن أو العد فهذا لا يحتاج إلى ذكره فى متن العقد فإن هذا أولى من وصف الصحة الذى يغنى بناء العقد عليه عن ذكره فى العقد فإن معرفة وجود ملاحظة الصحة ليست من مصححات العقد بخلاف معرفة وجود المقدار المعين

[عدم الإشكال فى كون هذا الخيار خيار التخلف

و كيف كان فلا إشكال فى كون هذا الخيار خيار التخلف و إنما الإشكال فى أن المختلف فى الحقيقة هل هو جزء المبيع أو وصف من أوصافه فلذلك اختلف فى أن الإمضاء هل هو بجميع الثمن أو بحصة منه نسبتها إليه كنسبة الموجود من الأجزاء إلى المعدوم و تمام الكلام فى موضع تعرض الأصحاب المسألة

[كل ما يكون طريقا عرفيا إلى مقدار المبيع فهو بحكم إخبار البائع

ثم إن فى حكم إخبار البائع بالكيل و الوزن من حيث ثبوت الخيار عند تبين الخلاف كل ما يكون طريقا عرفيا إلى مقدار المبيع و أوقع العقد بناء عليه كما إذا جعلنا الكيل فى المعدود و الموزون طريقا إلى عده أو وزنه.

مسألة قال فى الشرائع يجوز بيع الثوب و الأرض مع المشاهدة

و إن لم يمسحا و لو مسحا كان أحوط لتفاوت الغرض فى ذلك و تعذر إدراكه بالمشاهدة انتهى و فى التذكرة لو باع مختلف الأجزاء مع المشاهدة صح كالثوب و الدار و الغنم إجماعا و صرح فى السرائر بجواز بيع قطيع الغنم و إن لم يعلم عددها. أقول يشكل الحكم بالجواز فى كثير من هذه الموارد لثبوت الغرر غالبا مع جهل أذرع الثوب و عدد قطيع الغنم و الاعتماد على عددها على ما يحصل تخمينا بالمشاهدة عين المجازفة. و بالجملة فإذا فرضنا أن مقدار مالية الغنم قلة و كثرة يعلم بالعدد فلا فرق بين الجهل بالعدد فيها و بين الجهل بالمقدار فى المكيل و الموزون و المعدود و كذا الحكم فى عدد الأذرع و الطاقات و الكرابيس و الجربان فى كثير من

الأراضی المقدرة عادة بالجریب. نعم ربما یتفق

المکاسب، ج۲، ص ۱۹۵

تعارف عـدد خاص فی أذرع بعض طاقات الکرابیس لکن الاعتماد علی هذا من حیث کونه طریقا إلی عدد الأذرع نظیر إخبار البائع و لیس هذا معنی کفایة المشاهدة و تظهر الثمرة فی ثبوت الخیار إذ علی تقدیر کفایة المشاهدة لا یثبت خیار مع تبین قلة الأذرع بالنسبة إلی مـا حصـل التخمین به من المشاهـدة إلا ـ إذا کـان النقص عیبـا أو اشترط عـددا خاصـا من حیث الـذراع طولا ـ و عرضا. و بالجملة فالمعیـار هنـا دفع الغرر الشخصـی إذ لم یرد هنا نص بالتقـدیر لیحتمل إناطـة الحکم به و لو لم یکن غرر کما اسـتظهرناه فی المکیل و الموزون فافهم.

مسألة بیع بعض من جملة متساویة الأجزاء

اشارة

کصاع من صبرة مجتمعة الصیعان أو متفرقتها أو ذراع من کرباس أو عبد من عبدین و شبه ذلک یتصور علی وجوه

الأول أن یرید بذلک البعض کسرا واقعیا من الجملة مقدرا بذلک العنوان

فیرید بالصاع مثلا من صبرة تکون عشرة أصوع عشرها و من عبد من العبدین نصفهما و لا إشکال فی صحة ذلک و لا فی کون المبیع مشاعا فی الجملة و لا فرق بین اختلاف العبدین فی القیمة و عدمه و لا بین العلم بعدد صـیعان الصبرة و عدمه لأن الکسر مقدر بالصاع فلا یعتبر العلم بنسبته إلی المجموع هذا و لکن قال فی التذکرة و الأقرب أنه لو قصد الإشاعة فی عبد من عبدین أو شاة من شاتین بطل بخلاف الذراع من الأرض انتهی و لم یعلم وجه الفرق إلا منع ظهور الکسر المشاع من لفظ العبد و الشاة.

الثانی أن یراد به بعض مردد بین ما یمکن صدقه علیه

اشارة

من الأـفراد المتصورة فی المجموع نظیر تردد الفرد المنتشـر بین الأـفراد و هـذا یتضـح فی صاع من الصـیعان المتفرقـة و لا إشـکال فی بطلاـن ذلک مع اختلاف المصادیق فی القیمـة کالعبـدین المختلفین لأنه غرر لأن المشتری لا یعلم بما یحصل فی یـده منهما و أما مع اتفاقهمـا فی القیمـة کما فی الصـیعان المتفرقـة فالمشـهور أیضا کما فی کلام بعض المنع بل فی الریاض نسبته إلی الأصـحاب. و عن المحقق الأردبیلی قدس سره أیضا نسـبة المنع عن بیع ذراع من کرباس مشاهد من غیر تعیین أحد طرفیه إلی الأصـحاب و استدل علی المنع بعضـهم بالجهالـة التی یبطـل معهـا البیع إجماعـا و آخر بأن الإبهام فی البیع مبطل له لا من حیث الجهالـة. و یؤیـده أنه حکم فی التـذکرة مع منعه عن بیع أحـد العبـدین المشاهـدین المتساویین بأنه لو تلف أحـدهما فباع الباقی و لم یدر أیهما هو صح خلافا لبعض العامة و ثالث بلزوم الغرر و رابع بأن الملک صـفة وجودیة محتاجة إلی محل تقوم به کسائر الصـفات الموجودة فی الخارج و أحدهما علی سبیل البدل غیر قابل لقیامه به لأنه أمر انتزاعی من أمرین معینین و یضـعف الأول بمنع المقدمتین لأن الواحد علی سبیل البدل غیر مجهول إذ لا ـ تعین له فی الواقع حتی یجهل و المنع عن بیع المجهول و لو لم یلزم غرر غیر مسـلم نعم وقع فی معقـد بعض الإجماعات

ما يظهر منه صدق كلتا المقدمتين. ففى السرائر بعد نقل الرواية التى رواها فى الخلاف على جواز بيع عبد من عبدين قال إن ما اشتملت عليه الرواية مخالف لما عليه الأمة بأسرها مناف لأصول مذهب أصحابنا و فتاواهم و تصانيفهم لأن المبيع إذا كان مجهولا كان البيع باطلا بغير خلاف انتهى و عن الخلاف فى باب السلم أنه لو قال أشترى منك أحد هذين العبدين أو هؤلاء العبيد لم يصح الشراء دليلنا أنه بيع مجهول فيجب أن لا يصح و لأنه بيع غرر لاختلاف قيمتى العبدين و لأنه لا دليل على صحة ذلك فى الشرع. و قد ذكرنا هذه المسألة فى البيوع و قلنا إن أصحابنا رووا جواز ذلك فى العبدين فإن قلنا بذلك تبعنا فيه الرواية و لم يقس غيرهما عليهما انتهى و عبارته المحكية فى باب البيوع أنه روى أصحابنا أنه إذا اشترى عبدا من عبدين على أن للمشترى أن يختار أيهما شاء أنه جائز و لم يرووا فى الثوب شيئا ثم قال دليلنا إجماع الفرقة و قوله ص: المؤمنون عند شروطهم انتهى. و سيأتى أيضا فى كلام فخر الدين أن عدم تشخيص المبيع من الغرر الذى يوجب النهى عنه الفساد إجماعا و ظاهر هذه الكلمات صدق الجعالة و كون مثلها قادحة اتفاقا مع فرض عدم نص بل قد عرفت رد الحلى للنص المجوز بمخالفته لإجماع الأمة. و مما ذكرنا من منع كبرى الوجه الأول يظهر حال الوجه الثانى من وجوه المنع أعنى كون الإبهام مبطلا- و أما الوجه الثالث فيرده منع لزوم الغرر مع فرض اتفاق الأفراد فى الصفات الموجبة لاختلاف القيمة و لذا يجوز الإسلاف فى الكلى من هذه الأفراد مع أن الانضباط فى السلم آكد و أيضا فقد جوزوا بيع الصاع الكلى من الصبرة و لا- فرق بينهما من حيث الغرر قطعا و لذا رد فى الإيضاح حمل الصاع من الصبرة على الكلى برجوعه إلى عدم تعيين المبيع الموجب للغرر المفسد إجماعا. و أما الرابع فيمنع احتياج صفة الملك إلى وجود خارجى فإن الكلى المبيع سلما أو حالا مملوك للمشترى و لا وجود لفرد منه فى الخارج بصفة كونه مملوكا للمشترى فالوجه أن الملكية أمر اعتبارى يعتبرها العرف و الشرع أو أحدهما فى مواردها و ليست صفة وجودية متأصلة كالحموضة و السواد و لذا صرحوا بصحة الوصية بأحد الشيئين بل بأحد الشخصين و نحوهما فالإنصاف كما اعترف به جماعة أولهم المحقق الأردبيلى عدم دليل معتبر على المنع. قال فى شرح الإرشاد على ما حكى عنه بعد أن حكى عن الأصحاب المنع عن بيع ذراع من كرباس من غير تقييد كونه من أى الطرفين و فيه تأمل إذ لم يقم دليل على اعتبار هذا المقدار من العلم فإنهما إذا تراضيا على ذراع من هذا الكرباس من أى طرف أراد المشترى أو من أى جانب كان من الأرض فما المانع بعد العلم بذلك انتهى. فالدليل هو الإجماع لو ثبت و قد عرفت من غير واحد نسبته إلى الأصحاب قال بعض الأساطين فى شرحه على القواعد بعد حكم المصنف بصحة بيع الذراع من الثوب و الأرض الراجع إلى بيع الكسر المشاع و إن قصدا معينا من عين أو كليا لا على وجه الإشاعة بطل لحصول

الغرر بالإبهام فى الأول و كونه بيع المعدوم و باختلاف الأغراض فى الثانى غالبا فيلحق به النادر و للإجماع المنقول فيه إلى أن قال و الظاهر بعد إمعان النظر و نهاية التتبع أن الغرر الشرعى لا يستلزم

المكاسب، ج۲، ص ۱۹۶

الغرر العرفى و بالعكس و ارتفاع الجهالة فى الخصوصية قد لا يثمر مع حصولها فى أصل الماهية و لعل الدائرة فى الشرع أضيق و إن كان بين المصطلحين عموم و خصوص من وجهين و فهم الأصحاب مقدم لأنهم أدرى بمذاق الشارع و أعلم انتهى. و لقد أجاد حيث التجأ إلى فهم الأصحاب فيما يخالف العمومات.

فرع على المشهور من المنع لو اتفقا على أنهما أرادا غير شائع لم يصح البيع

لاتفاقهما على بطلانه و لو اختلفا فادعى المشترى الإشاعة فيصح البيع و قال البائع أردت معينا. ففى التذكرة الأقرب قبول قول المشترى عملا- بأصالة الصحة و أصالة عدم التعيين انتهى. و هذا حسن لو لم يتسالما على صيغة ظاهرة فى أحد المعنيين أما معه فالمتبع هو الظاهر و أصالة الصحة لا تصرف الظواهر و أما أصالة عدم التعيين فلم أتحققها. و ذكر بعض من قارب عصرنا أنه لو فرض للكلام ظهور فى عدم الإشاعة كان حمل الفعل على الصحة قرينة صارفة و فيه نظر.

الثالث من وجوه بيع البعض من الكل أن يكون المبيع طبيعة كلية منحصرة المصاديق

اشارة

في الأفراد المتصورة في تلك الجملة

[الفرق بين الوجه الثاني و الثالث

و الفرق بين هذا الوجه و الوجه الثاني كما حققه في جامع المقاصد بعد التمثيل للثاني بما إذا فرقت الصيعان و قال بعتك أحدها أن المبيع هناك واحد من الصيعان المتميزة المشخصة غير معين فيكون بيعه مشتملا على الغرر و في هذا الوجه أمر كلي غير متشخص و لا متميز بنفسه و يتقوم كل واحد من صيعان الصبرة و يوجد به و مثله ما لو قسم الأرباع و باع ربعا منها من غير تعيين و لو باع ربعا قبل القسمة صح و تنزل على واحد منها مشاعا لأنه حينئذ أمر كلي. فإن قلت المبيع في الأولى أيضا أمر كلي. قلنا ليس كذلك بل هو واحد من تلك الصيعان المتشخصة مبهم بحسب صورة العبارة فيشبه الأمر الكلي و بحسب الواقع جزئي غير معين و لا- معلوم و المقتضي لهذا المعنى هو تفريق الصيعان و جعل كل واحد منها برأسه فصار إطلاق أحدها منزلا على شخصي غير معلوم فصار كبيع أحد الشياة و أحد العبيد و لو قال بعتك صاعا من هذه شائعا في جملتها لحكمنا بالصحة انتهى. و حاصله أن المبيع مع الترديد جزئي حقيقي فيمتاز عن المبيع الكلي الصادق على الأفراد المتصورة في تلك الجملة. و في الإيضاح أن الفرق بينهما هو الفرق بين الكلي المقيد بالوحدة و بين الفرد المنتشر

ثم الظاهر صحة بيع الكلي بهذا المعنى كما هو صريح جماعة منهم الشيخ و الشهيدان و المحقق الثاني و غيرهم بل الظاهر عدم الخلاف فيه و إن اختلفوا في تنزيل الصاع من الصبرة على الكلي أو الإشاعة لكن يظهر مما عن الإيضاح وجود الخلاف في صحة بيع الكلي و أن منشأ القول بالتنزيل على الإشاعة هو بطلان بيع الكلي بهذا المعنى و الكلي الذي يجوز بيعه هو ما يكون في الذمة.

قال في الإيضاح في ترجيح التنزيل على الإشاعة إنه لو لم يكن مشاعا لكان غير معين فلا يكون معلوم العين و هو الغرر الذي يدل النهي عنه على الفساد إجماعا و لأن أحدهما بعينه لو وقع البيع عليه ترجيح من غير مرجح و لا بعينه هو المبهم و إبهام المبيع مبطل انتهى و تبعه بعض المعاصرين مستندا تارة إلى ما في الإيضاح من لزوم الإبهام و الغرر و أخرى إلى عدم معهودية ملك الكلي في غير الذمة لا على وجه الإشاعة و ثالثة باتفاقهم على تنزيل الأرطال المستثناة من بيع الثمرة على الإشاعة. و يرد الأول ما عرفت من منع الغرر في بيع الفرد المنتشر فكيف نسلم في الكلي. و الثاني بأنه معهود في الوصية و الإصداق مع أنه لم يفهم مراده من المعهودية فإن أنواع الملك بل كل جنس لا يعهد تحقق أحدها في مورد الآخر إلا أن يراد منه عدم وجود مورد يقيني حكم فيه الشارع بملكية الكلي المشترك بين أفراد موجودة فيكفي في رده النقض بالوصية و شبهها هذا كله مضافا إلى صحيحة الأطنان الآتية فإن موردها إما بيع الفرد المنتشر و إما بيع الكلي في الخارج. و أما الثالث فسيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

مسألة لو باع صاعا من صبرة فهل ينزل على الوجه الأول من الوجوه

اشارة

بناء على المشهور من صحته وجهان بل قولان حكى ثانيهما عن الشيخ و الشهيدين و المحقق الثاني و جماعة و استدل في جامع

المقاصد بأنه السابق إلی الفهم. و بروایة برید بن معاویة عن أبی عبد الله ع: فی رجل اشتری من رجل عشرة آلاف طن قصب فی أنبار بعضه علی بعض من أجمة واحدة و الأنبار فیه ثلاثون ألف طن فقال البائع قد بعتک من هذا القصب عشرة آلاف طن فقال المشتری قد قبلت و اشتریت و رضیت فأعطاه المشتری من ثمنه ألف درهم و وکل المشتری من یقبضه فأصبحوا و قد وقع النار فی القصب فاحترق منه عشرون ألف طن و بقی عشرة آلاف طن فقال ع العشرة آلاف طن التی بقیت هی للمشتری و العشرون التی احترقت من مال البائع. و یمکن دفع الأول بأن مقتضی الوضع فی قوله صاعا من صبرة هو الفرد المنتشر الذی عرفت سابقا أن المشهور بل الإجماع علی بطلانه و مقتضی المعنی العرفی هو المقدار المقدر بصاع و ظاهره حینئذ الإشاعة لأن المقدار المذکور عن مجموع الصبرة مشاع فیه. و أما الروایة فهی أیضا ظاهره فی الفرد المنتشر کما اعترف به فی الریاض لکن الإنصاف أن العرف یعاملون فی البیع المذکور معاملة الکلی فیجعلون الخیار فی التعیین إلی البائع و هذه أمارة فهمهم الکلی. و أما الروایة فلو فرضنا ظهورها فی الفرد المنتشر فلا بأس بحملها علی الکلی لأجل القرینة الخارجیة و تدل علی عدم الإشاعة من حیث الحکم ببقاء المقدار المبیع و کونه مالا للمشتری فالقول الثانی لا یخلو من قوة بل لم نظفر بمن جزم بالأول و إن حکاه فی الإیضاح قولا-

ثم إنه یتفرع علی المختار من کون المبیع کلیا أمور.

أحدها کون التخییر فی تعیینه بید البائع

لأن المفروض أن المشتری لم یملک إلا الطبیعة المعراة عن التشخیص الخاص فلا یستحق علی البائع خصوصیة فإذا طالب بخصوصیة زائدة علی تلک الطبیعة فقد طالب ما لیس حقا له و هذا جار فی کل من ملک کلیا فی الذمة أو فی الخارج فلیس لمالکه اقتراح الخصوصیة علی من علیه الکلی و لذا کان اختیار التعیین بید الوارث إذا وصی المیت لرجل بواحد من متعدد یملکه المیت کعبد من عبیده و نحو ذلک إلا أنه قد جزم المحقق القمی قدس سره فی غیر موضع من أجوبة مسائله بأن الاختیار فی التعیین بید المشتری و لم یعلم له وجه مصحح فیا لیته قاس ذلک علی طلب الطبیعة حیث إن الطالب لما ملک الطبیعة علی المأمور و استحقها منه لم یجز له بحکم العقل مطالبة خصوصیة دون

المکاسب، ج۲، ص ۱۹۷

أخری و کذلک مسألة التملیک کما لا یخفی و أما علی الإشاعة فلا اختیار لأحدهما لحصول الشرکة فتحتاج القسمة إلی التراضی.

و منها أنه لو تلف بعض الجملة و بقی مصداق الطبیعة انحصر حق المشتری فیه

لأن کل فرد من أفراد الطبیعة و إن کان قابلا لتعلق ملکه به بخصوصه إلا أنه یتوقف علی تعیین مالک المجموع و إقباضه فکل ما تلف قبل إقباضه خرج عن قابلیة ملکیته للمشتری فعلا فینحصر فی الموجود و هذا بخلاف المشاع فإن ملک المشتری فعلا ثابت فی کل جزء من المال من دون حاجة إلی اختیار و إقباض فکل ما یتلف من المال فقد تلف من المشتری جزء بنسبة حصته.

و منها أنه لو فرضنا أن البائع بعد ما باع صاعا من الجملة باع من شخص آخر صاعا کلیا آخر

فالظاهر أنه إذا بقی صاع واحد کان للأول لأن الکلی المبیع ثانیا إنما هو سار فی مال البائع و هو ما عدا الصاع من الصبرة فإذا تلف ما عدا الصاع فقد تلف جمیع ما کان الکلی فیه ساریا فقد تلف المبیع الثانی قبل القبض و هذا بخلاف ما لو قلنا بالإشاعة

[صور إقباض الکلی

ثم اعلم أن المبيع إنما يبقى كليا ما لم يقبض- و أما إذا قبض فإن قبض منفردا عما عداه كان مختصا بالمشترى و إن قبض فى ضمن الباقى بأن أقبضه البائع مجموع الصبرة فيكون بعضه وفاء و الباقى أمانة حصلت الشركة بحصول ماله فى يده و عدم توقفه على تعيين و إقباض حتى يخرج التالف عن قابلية تملك المشترى له فعلا و ينحصر حقه فى الباقى فحينئذ حساب التالف على البائع دون المشترى ترجيح بلا مرجح فيحسب عليهما. و الحاصل أن كل جزء معين قبل الإقباض قابل لكونه كلا أو بعضا ملكا فعليا للمشترى و الملك الفعلى له حينئذ هو الكلى السارى فالتالف المعين غير قابل لكون جزئه محسوبا على المشترى لأن تملكه لمعين موقوف على اختيار البائع و إقباضه فيحسب على البائع بخلاف التالف بعد الإقباض فإن تملك المشترى لمقدار منه حاصل فعلا لتحقق الإقباض فنسبة كل جزء معين من الجملة إلى كل من البائع و المشترى على حد سواء. نعم لو لم يكن إقباض البائع للمجموع على وجه الإيفاء- بل على وجه التوكيل فى التعيين أو على وجه الأمانة حتى يعين البائع بعد ذلك كان حكمه حكم ما قبل القبض

[لو باع ثمرة شجرات و استثنى منها أرطالا معلومة]

هذا كله مما لا إشكال فيه و إنما الإشكال فى أنهم ذكروا فيما لو باع ثمرة شجرات و استثنى منها أرطالا معلومة أنه لو خاست الثمرة سقط من المستثنى بحسابه و ظاهر ذلك تنزيل الأرطال المستثناة على الإشاعة و لذا قال فى الدروس إن فى هذا الحكم دلالة على تنزيل الصاع من الصبرة على الإشاعة و حينئذ يقع الإشكال فى الفرق بين المسألتين حيث إن مسألة الاستثناء ظاهرهم الاتفاق على تنزيلها على الإشاعة. و المشهور هنا التنزيل على الكلى بل لم يعرف من جزم بالإشاعة و ربما يفرق بين المسألتين بالنص فيما نحن فيه على التنزيل على الكلى و هو ما تقدم من الصحيحة المتقدمة. و فيه أن النص إن استفيد منه حكم القاعدة لزم التعدى عن مورده إلى مسألة الاستثناء أو بيان الفارق و خروجها عن القاعدة و إن اقتصر على مورده لم يتعد إلى غير مورده حتى فى البيع إلا بعد إبداء الفرق بين موارد التعدى و بين مسألة الاستثناء. و بالجملة فالنص بنفسه لا يصلح فارقا مع البناء على التعدى عن مورده الشخصى و أضعف من ذلك الفرق بقيام الإجماع على الإشاعة فى مسألة الاستثناء لأنا نقطع بعدم استناد المجمعين فيها إلى توقيف بالخصوص و أضعف من هذين الفرق بين مسألة الاستثناء و مسألة الزكاة و غيرهما مما يحمل الكلى فيها على الإشاعة و بين البيع باعتبار القبض فى لزوم البيع و إيجابه على البائع فمع وجود فرد يتحقق فيه البيع يجب دفعه إلى المشترى إذ هو شبه الكلى فى الذمة. و فيه مع أن إيجاب القبض متحقق فى مسألتى الزكاة و الاستثناء أن إيجاب القبض على البائع يتوقف على بقائه إذ مع عدم بقائه كلا أو بعضا ينفسخ البيع فى التالف و الحكم بالبقاء يتوقف على نفى الإشاعة فنفى الإشاعة بوجوب الإقباض لا يخلو عن مصادرة كما لا يخفى. و أما مدخلية القبض فى اللزوم فلا دخل له أصلا فى الفرق و مثله فى الضعف لو لم يكن عينه ما فى مفتاح الكرامة من الفرق بأن التلف من الصبرة قبل القبض فيلزم على البائع تسليم المبيع منها و إن بقى قدره فلا ينقص المبيع لأجله بخلاف الاستثناء فإن التلف فيه بعد القبض و المستثنى بيد المشترى أمانة على الإشاعة بينهما فيوزع الناقص عليهما و لهذا لم يحكم بضمان المشترى هنا بخلاف البائع هناك انتهى و فيه مع ما عرفت من أن التلف من الصبرة قبل القبض إنما يوجب تسليم تمام المبيع من الباقى بعد ثبوت عدم الإشاعة فكيف يثبت به أنه إن أريد من كون التلف فى مسألة الاستثناء بعد القبض أنه بعد قبض المشترى. ففيه أنه موجب لخروج البائع عن ضمان ما يتلف من مال المشترى و لا كلام فيه و لا إشكال و إنما الإشكال فى الفرق بين المشترى فى مسألة الصاع و البائع فى مسألة الاستثناء حيث إن كلا منهما يستحق مقدارا من المجموع لم يقبضه مستحقه فكيف يحسب نقص التلف على أحدهما دون الآخر مع اشتراكهما فى عدم قبض حقهما الكلى و إن أريد من كون التلف بعد القبض أن الكلى الذى يستحقه البائع قد كان فى يده بعد العقد فحصل الاشتراك فإذا دفع الكل إلى المشترى فقد دفع مالا مشتركا فهو نظير ما إذا دفع البائع مجموع الصبرة إلى المشترى فالاشتراك كان

قبل القبض. ففيه أن الإشكال بحاله إذ يبقى سؤال الفرق بين قوله بعتك صاعا من هـذه الصبرة و بين قوله بعتك هـذه الصبرة أو هذه الثمرة إلاـ صاعـا منها و ما الموجب للاشتراك فى الثانى دون الأول مع كون مقتضـى الكلى عـدم تعين فرد منه أو جزء منه لمالكه إلا بعد إقباض مالك الكل الذى هو المشترى فى مسألة الاستثناء فإن كون الكل بيد البائع المالك للكلى لا يوجب الاشتراك هذا مع أنه لم يعلم من الأصحاب فى مسألة الاستثناء الحكم بعد العقد بالاشتراك و عدم جواز تصرف المشترى إلا بإذن البائع كما يشعر به فتوى جماعـة منهم الشـهيدان و المحقق الثـانى بـأنه لو فرط المشترى وجب أداء المسـتثنى من البـاقى و يمكن أن يقال إن بناء المشـهور فى مسألة استثناء الأرطال إن كان على عدم الإشاعة

المكاسب، ج۲، ص ۱۹۸

قبـل التلف و اختصـاص الاـشتراك بالتـألف دون الموجود كما ينبئ عنه فتوى جماعـة منهم بأنه لو كان تلف البعض بتفريط المشترى كانت حصة البائع فى الباقى. و يؤيده اسـتمرار السيرة فى صورة استثناء الأرطال المعلومة من الثمرة على استقلال المشترى فى التصرف و عـدم المعاملـة مع البائع معاملـة الشـركاء فالمسألتان مشتركتان فى التنزيل على الكلى و لا فرق بينها إلا فى بعض ثمرات التنزيل على الكـل و هو حسـاب التالف عليهما و لا يحضـرنى وجه واضـح لهـذا الفرق إلا دعوى أن المتبادر من الكلى المسـتثنى هو الكلى الشائع فيمـا يسـلم للمشترى لاـ مطلق الموجود وقت البيع و إن كـان بنـاؤهم على الإشاعـة من أول الأـمر أمكن أن يكون الوجه فى ذلـك أن المسـتثنى كما يكون ظاهرا فى الكلى كذلك يكون عنوان المستثنى منه الذى انتقل إلى المشترى بالبيع كليا بمعنى أنه ملحوظ بعنوان كلى يقع عليه البيع. فمعنى بعتـك هـذه الصبرة إلاـ صاعـا منهـا بعتـك الكلى الخارج الـذى هو المجموع المخرج عنه الصاع فهو كلى كنفس الصاع فكل منهما مالك لعنوان كلى فالموجود مشترك بينهما لأن نسبة كل جزء منه إلى كل منهما على نهج سواء فتخصيص أحـدهما به ترجيح من غير مرجح و كذا التالف نسبته إليهما على السواء فيحسب عليهما و هذا بخلاف ما إذا كان المبيع كليا فإن مال البائع ليس ملحوظا بعنوان كلى فى قولنا بعتك صاعا من هذه الصبرة إذ لم يقع موضوع الحكم فى هذا الكلام حتى يلحظ بعنوان كلى كنفس الصـاع. فـإن قلت إن مـال البـائع بعـد بيع الصاع ليس جزئيا حقيقيا متشـخصا فى الخارج فيكون كليا كنفس الصاع. قلت نعم و لكن ملكيـة البـائع له ليس بعنوان كلى حتى يبقى مـا بقى ذلـك العنوان ليكون الباقى بعـد تلف البعض مصـداقا لهـذا العنوان و عنوان الصـاع على نهـج سواء ليلزم من تخصيـصه بأحـدهما الترجيـح من غير مرجـح فيجىء الاـشتراك فـإذا لم يبق إلاـ صـاع كان الموجود مصـداقا لعنوان ملك المشترى فيحكم بكونه مالكا له و لا يزاحمه بقاء عنوان ملك البائع فتأمل. هـذا ما خطر عاجلا بالبال و قد أوكلنا تحقيق هذا المقام الذى لم يبلغ إليه ذهنى القاصر إلى نظر الناظر البصير الخبير الماهر عفا الله عن الزلل فى المعاثر.

[أقسام بيع الصبرة]

قال فى الروضة تبعا للمحكى عن حواشـى الشـهيد إن أقسام بيع الصبرة عشـرة لأنها إما أن تكون معلومة المقدار أو مجهولة فإن كانت معلومـة صح بيعها أجمع و بيع جزء منها معلوم مشاع و بيع مقدار كقفيز تشـتمل عليه و بيعها كل قفيز بكذا لا بيع كل قفيز منها بكذا و المجهولـة كلها باطلـة إلا الثالث و هو بيع مقـدار معلوم تشـتمل الصبرة عليه و لو لم يعلم باشـتمالها عليه فظاهر القواعد و المحكى عن حواشـى الشـهيد و غيرها عـدم الصـحة و استحسـنه فى الروضـة ثم قال نعم لو قيل بالاكتفاء بالظن الغالب باشـتمالها عليه كان متجها و المحكى عن ظاهر الـدروس و اللمعـة الصـحة قال فيها فإن نقصت تخير بين أخـذ الموجود منها بحصـة من الثمن و بين الفسخ لتبعض الصـفقة و ربما يحكى عن المبسوط و الخلاف خلافه و لا يخلو من قوة و إن كان فى تعيينه نظر لا لتـدارك الضـرر بالخيار لما عرفت غير مرة من أن الغرر إنما يلاحظ فى البيع مع قطع النظر عن الخيار الـذى هو من أحكام العقد فلا يرتفع به الغرر الحاصل عند العقد بل لمنع الغرر. و إن قيـل عـدم العلم بـالوجود من أعظم أفراد الغرر. قلت نعم إذا بنى العقـد على جعـل الثمن فى مقابل الموجود و أما إذا

بنی علی توزیع الثمن علی مجموع المبیع غیر المعلوم الوجود بتمامه فلا غرر عرفا و ربما تحتمل الصحة مراعی بتبین اشتمالها علیه. و فیه أن الغرر إن ثبت حال البیع لم ینفع تبین الاشتمال هذا و لکن الأوفق بکلماتهم فی موارد الغرر عدم الصحة إلا مع العلم بالاشتمال أو الظن الذی یتعارف الاعتماد علیه و لو کان من جهة استصحاب الاشتمال. و أما الرابع مع الجهالة و هو بیعها کل قفیز بکذا فالمحکی عن جماعة المنع و عن ظاهر إطلاق المحکی من عبارتی المبسوط و الخلاف أنه لو قال بعتک هذه الصبرة کل قفیز بدرهم صح البیع. قال فی الخلاف لأنه لا مانع منه و الأصل جوازه و ظاهر إطلاقه یعم صورة الجهل بالاشتمال. و عن الکفایة نفی البعد عنه إذ المبیع معلوم بالمشاهدة و الثمن مما یمکن أن یعرف بأن تکال الصبرة و یوزع الثمن علی قفزائها قال و له نظائر ذکر جملة منها فی التذکرة و فیه نظر.

مسألة إذا شاهد عینا فی زمان سابق علی العقد علیها

اشارة

فإن اقتضت العادة تغیرها عن صفاتها السابقة إلی غیرها المجهول عند المتبایعین فلا یصح البیع إلا بذکر صفات تصحح بیع الغائب لأن الرؤیة القدیمة غیر نافعة و إن اقتضت العادة بقاءها علیها فلا إشکال فی الصحة و لا خلاف فیها أیضا إلا من بعض الشافعیة و إن احتمل الأمران جاز الاعتماد علی أصالة عدم التغیر و البناء علیها فی العقد فیکون نظیر إخبار البائع بالکیل و الوزن لأن الأصل من الطرق التی یتعارف التعویل علیها و لو فرضناه فی مقام لا یمکن التعویل علیه لحصول أمارة علی خلافه فإن بلغت قوة الظن حدا یلحقه بالقسم الأول و هو ما اقتضت العادة تغیره لم یجز البیع و إلا جاز ذکر تلک الصفات لا بدونه لأنه لا ینقص عن الغائب الموصوف الذی یجوز بیعه بصفات لم یشاهد علیها بل یمکن القول بالصحة فی القسم الأول إذا لم یفرض کون ذکر الصفات مع اقتضاء العادة عدمها لغوا لکن هذا کله خارج عن البیع بالرؤیة القدیمة و کیف کان فإذا باع أو اشتری برؤیة قدیمة فانکشف التغیر تخییر المغبون و هو البائع إن تغیر إلی صفات زادت فی مالیته و المشتری إن نقصت عن تلک الصفات لقاعدة الضرر و لأن الصفات المبنی علیها فی حکم الصفات المشروطة فهی من قبیل تخلف الشرط کما أشار إلیه فی نهایة الأحکام و المسالک بقولهما الرؤیة بمثابة الشرط فی الصفات الکائنة فی المرئی فکل ما فات منها فهو بمثابة التخلف فی الشرط انتهی و توهم أن الشروط إذا لم تذکر فی متن العقد لا عبرة بها فما نحن فیه من قبیل ما لم یذکر من الشروط فی متن العقد مدفوع بأن الغرض من ذکر الشروط فی العقد صیرورتها مأخوذة فیه حتی لا یکون العمل بالعقد بدونها وفاء بالعقد و الصفات المرئیة سابقا حیث إن البیع لا یصح إلا مبنیا علیها

المکاسب، ج۲، ص ۱۹۹

کانت دخولها فی العقد کان أولی من دخول الشرط المذکور علی وجه الشرطیة و لذا لو لم یبن البیع علیها و لم یلاحظ وجودها فی البیع کان البیع باطلا فالذکر اللفظی إنما یحتاج إلیه فی شروط خارجة لا یجب ملاحظتها فی العقد و احتمل فی نهایة الأحکام البطلان و لعله لأن المضی علی البیع و عدم نقضه عند تبین الخلاف إن کان وفاء بالعقد وجب فلا خیار و إن لم یکن وفاء لم یدل دلیل علی جوازه. و بعبارة أخری العقد إذا وقع علی الشیء الموصوف انتفی متعلقة بانتفاء صفته و إلا فلا وجه للخیار مع أصالة اللزوم و یضعفه أن الأوصاف الخارجة عن حقیقة المبیع إذا اعتبرت فیه عند البیع إما ببناء العقد علیها و إما بذکرها فی متن العقد لا تعد من مقومات العقد کما أنها لیست من مقومات المبیع ففواتها فوات حق للمشتری ثبت بسببه الخیار دفعا لضرر الالتزام بما لم یقدم علیه و تمام الکلام فی باب الخیار إن شاء الله.

فرعان

الأول لو اختلفا فی التغیر فادعاه المشتری

ففی المبسوط و التذکرة و الإیضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالک تقدیم قول المشتری لأن یده علی الثمن کما فی الدروس و هو راجع إلی ما فی المبسوط و السرائر من أن المشتری هو الذی ینتزع منه الثمن و لا ینتزع منه إلا بإقراره أو ببینة تقوم علیه انتهی. و تبعه العلامة أیضا فی صورة الاختلاف فی أوصاف المبیع الموصوف إذا لم یسبقه برؤیة حیث تمسک بأصالة براءة ذمة المشتری من الثمن فلا یلزمه ما لم یقر به أو یثبت بالبینة و لأن البائع یدعی علمه بالمبیع علی هذا الوصف الموجود و الرضا به و الأصل عدمه کما فی التذکرة و لأن الأصل عدم وصول حقه إلیه کما فی جامع المقاصد و یمکن أن یضعف الأول بأن ید المشتری علی الثمن بعد اعترافه بتحقق الناقل الصحیح ید أمانة غایة الأمر أنه یدعی سلطنته علی الفسخ فلا ینفع تشبثه بالید إلا أن یقال إن وجود الناقل لا یکفی فی سلطنة البائع علی الثمن بناء علی ما ذکره العلامة فی أحکام الخیار من التذکرة و لم ینسب خلافه إلا إلی بعض الشافعیة من عدم وجوب تسلیم الثمن و المثمن فی مدة الخیار و إن تسلم الآخر و حینئذ فالشک فی ثبوت الخیار یوجب الشک فی سلطنة البائع علی أخذ الثمن فلا مدفع لهذا الوجه إلا أصالة عدم سبب الخیار لو تم کما سیجیء. و الثانی مع معارضته بأصالة عدم علم المشتری بالمبیع علی وصف آخر حتی یکون حق له یوجب الخیار بأن الشک فی علم المشتری بهذا الوصف و علمه بغیره مسبب عن الشک فی وجود غیر هذا الوصف سابقا فإذا انتفی غیره بالأصل الذی یرجع إلیه أصالة عدم تغیر المبیع لم یجر أصالة عدم علمه بهذا الوصف. و الثالث بأن حق المشتری من نفس العین قد وصل إلیه قطعا و لذا یجوز له إمضاء العقد و ثبوت حق له من حیث الوصف المفقود غیر ثابت فعلیه الإثبات و المرجع أصالة لزوم العقد. و لأجل ما ذکرنا قوی بعض تقدیم قول البائع هذا و یمکن بناء المسألة علی أن بناء المتبایعین حین العقد علی الأوصاف الملحوظة حین المشاهدة هل هو کاشتراطها فی العقد فهی کشروط مضمرة فی نفس المتعاقدین کما عرفت عن النهایة و المسالک و لهذا لا یحصل من فقدها الأخیار لمن اشترطت له و لا یلزم بطلان العقد أو أنها مأخوذة فی نفس المعقود علیه بحیث یکون المعقود علیه هو الشیء المقید و لذا لا یجوز إلغاؤها فی المعقود علیه کما یجوز إلغاء غیرها من الشروط فعلی الأول یرجع النزاع فی التغیر و عدمه إلی النزاع فی اشتراط خلاف هذا الوصف الموجود علی البائع و عدمه و الأصل مع البائع. و بعبارة أخری النزاع فی أن العقد وقع علی الشیء الملحوظ فیه الوصف المفقود أم لا لکن الإنصاف أن هذا البناء فی حکم الاشتراط من حیث ثبوت الخیار لکنه لیس شیئا مستقلا حتی یدفع عند الشک بالأصل بل المراد به إیقاع العقد علی العین الملحوظ کونها متصفة بهذا الوصف و لیس هنا عقد علی العین و التزام بکونها متصفة بذلک الوصف فهو قید ملحوظ فی المعقود علیه نظیر الأجزاء لا شرط ملزم فی العقد فحینئذ یرجع النزاع إلی وقوع العقد علی ما ینطبق علی الشیء الموجود حتی یلزم الوفاء به و عدمه و الأصل عدمه. و دعوی معارضته بأصالة عدم وقوع العقد علی العین المقیدة بالوصف المفقود لیثبت اللزوم مدفوعة بأن عدم وقوع العقد علی العین المقیدة لا یثبت لزوم العقد الواقع إلا بعد إثبات وقوع العقد علی العین غیر المقیدة بأصالة عدم وقوع العقد علی المقید و هو غیر جائز کما حقق فی الأصول. و علی الثانی یرجع النزاع إلی رجوع العقد و التراضی علی الشیء المطلق بحیث یشمل الموصوف بهذا الوصف الموجود و عدمه و الأصل مع المشتری. و دعوی معارضته بأصالة عدم وقوع العقد علی الشیء الموصوف بالصفة المفقودة مدفوعة بأنه لا یلزم من عدم تعلقه بذاک تعلقه بهذا حتی یلزم علی المشتری الوفاء به فإلزام المشتری بالوفاء بالعقد موقوف علی ثبوت تعلق العقد بهذا و هو غیر ثابت و الأصل عدمه و قد تقرر فی الأصول أن نفی أحد الضدین بالأصل لا یثبت الضد الآخر لیترتب علیه حکمه. و بما ذکرنا یظهر فساد التمسک بأصالة اللزوم حیث إن المبیع ملک المشتری و الثمن ملک البائع اتفاقا و إنما اختلافهما فی تسلط المشتری علی الفسخ فینفی بما تقدم من قاعدة اللزوم. توضیح الفساد أن الشک فی اللزوم و عدمه من حیث الشک فی متعلق العقد فإنا نقول الأصل عدم تعلق العقد بهذا الموجود حتی لا

يثبت اللزوم و هو وارد على أصالة اللزوم. و الحاصل أن هنا أمرين أحدهما عدم تقييد متعلق العقد بذلك الوصف المفقود و أخذه فيه و هذا الأصل ينفع فى عدم الخيار لكنه غير جار لعدم الحالة السابقة. و الثانى عدم وقوع العقد على الموصوف بذاك الوصف المفقود و هذا جار غير نافع نظير الشك فى كون الماء المخلوق دفعة كرا من أصله فإن أصالة عدم كريته نافعة غير جارية و أصالة عدم وجود الكر جارية غير نافعة فى ترتب آثار القلة على الماء المذكور فافهم و اغتنم. و بما ذكرنا يظهر حال التمسك بالعمومات المقتضية للزوم العقد الحاكمة على الأصول العملية المتقدمة مثل ما دل على حرمة أكل المال إلا أن تكون تجارة عن تراض و عموم لا يحل مال امرأ مسلم إلا عن طيب نفسه و عموم أن الناس مسلطون على أموالهم بناء على أنها تدل على عدم تسلط المشترى على استرداد الثمن من البائع لأن المفروض صيرورته

المكاسب، ج۲، ص ۲۰۰

ملكا إذ لا يخفى عليك أن هذه العمومات مخصصة قد خرج عنها بحكم أدلة الخيار المال الذى لم يدفع عوضه الذى وقع المعاوضة عليه إلى المشترى فإذا شك فى ذلك فالأصل عدم دفع العوض و هذا هو الذى تقدم من أصالة عدم وصول حق المشترى إليه فإن عدم وصول حقه إليه يثبت موضوع خيار تخلف الوصف.

فإن قلت لا- دليل على كون الخارج عن العمومات المذكورة معنونا بالعنوان المذكور بل نقول قد خرج عن تلك العمومات المال الذى وقع المعاوضة بينه و بين ما لم ينطبق على المدفوع فإذا شك فى ذلك فالأصل عدم وقوع المعاوضة المذكورة. قلت السبب فى الخيار و سلطنة المشترى على فسخ العقد و عدم وجوب الوفاء به عليه هو عدم كون العين الخارجية منطبقة على ما وقع العقد عليه و بعبارة أخرى هو عدم وفاء البائع بالعقد بدفع العنوان الذى وقع العقد عليه إلى المشترى لا وقوع العقد على ما لا يطابق العين الخارجية كما أن السبب فى لزوم العقد تحقق مقتضاه من انتقال العين بالصفات التى وقع العقد عليها إلى ملك المشترى و الأصل موافق للأول و مخالف للثانى مثلا إذا وقع العقد على العين على أنها سمينة فبانت مهزولة فالموجب للخيار هو أنه لم ينتقل إليه فى الخارج ما عقد عليه و هو السمين لا وقوع العقد على السمين فإن ذلك لا يقتضى الجواز و إنما المقتضى للجواز عدم انطباق العين الخارجية على متعلق العقد و من المعلوم أن عدم الانطباق هو المطابق للأصل عند الشك. فقد تحقق مما ذكرنا صحة ما تقدم من أصالة عدم وصول حق المشترى إليه و كذلك صحة ما فى التذكرة من أصالة عدم التزام المشترى بتملك هذا الموجود حتى يجب الوفاء بما ألزم. نعم ما فى المبسوط و السرائر و الدروس من أصالة بقاء يد المشترى على الثمن كأنه لا يناسب أصالة اللزوم بل يناسب أصالة الجواز عند الشك فى لزوم العقد كما يظهر من المختلف فى باب السبق و الرماية و سيأتى تحقيق الحال فى باب الخيار. و أما دعوى ورود أصالة عدم تغير المبيع على الأصول المذكورة- لأن الشك فيها مسبب عن الشك فى تغير المبيع فهى مدفوعة مضافا إلى منع جريانه فيما إذا علم بالسمن قبل المشاهدة فاختلف فى زمن المشاهدة كما إذا علم بكونها سمينة و أنها صارت مهزولة و لا يعلم أنها فى زمان المشاهدة كانت باقية على السمن أو لا فحينئذ مقتضى الأصل تأخر الهزال عن المشاهدة فالأصل تأخر التغير لا عدمه الموجب للزوم العقد بأن مرجع أصالة عدم تغير المبيع إلى عدم كونها حين المشاهدة سمينة و من المعلوم أن هذا بنفسه لا يوجب لزوم العقد نظير أصالة عدم وقوع العقد على السمين. نعم لو ثبت بذلك الأصل هزالها عند المشاهدة و تعلق العقد بالمهزول ثبت لزوم العقد و لكن الأصول العدمية فى مجاريها لا- تثبت وجود أضدادها هذا كله مع دعوى المشترى النقص الموجب للخيار و لو ادعى البائع الزيادة الموجبة لخيار البائع فمقتضى ما ذكرنا فى طرف المشترى تقديم قول البائع لأن الأصل عدم وقوع العقد على هذا الموجود حتى يجب عليه الوفاء به. و ظاهر عبارة اللمعة تقديم قول المشترى هنا و لم يعلم وجهه.

الثانى لو اتفقا على التغير بعد المشاهدة و وقوع العقد على الوصف المشاهد

و اختلفا فى تقدم التغير على البيع ليثبت الخيار و تأخره عنه على وجه لا يوجب الخيار تعارض كل من أصالة عدم تقدم البيع و التغير

على صاحبه و حيث إن مرجع الأصلين إلى أصالة عدم وقوع البيع حال السمن مثلا و أصالة بقاء السمن و عدم وجود الهزال حال البيع و الظاهر أنه لا يترتب على شيء منهما الحكم بالجواز و اللزوم لأن اللزوم من أحكام وصول ما عقد عليه و انتقاله إلى المشترى و أصالة بقاء السمن لا يثبت وصول السمين إليه كما أن أصالة عدم وقوع البيع حال السمن لا ينفيه. فالمرجع إلى أصالة عدم وصول حق المشترى إليه كما فى المسألة السابقة إلا أن الفرق بينهما هو أن الشك فى وصول الحق هناك ناش عن الشك فى نفس الحق و هنا ناش عن الشك فى وصول الحق المعلوم. و بعبارة أخرى الشك هنا فى وصول الحق و هناك فى حقه الواصل و مقتضى الأصل فى المقامين عدم اللزوم و من ذلك يعلم الكلام فيما لو كان مدعى الخيار هو البائع بأن اتفقا على مشاهدته مهزولا و وقوع العقد على المشاهد و حصل السمن و اختلفا فى تقدمه على البيع ليثبت الخيار للبائع فافهم و تدبر فإن المقام لا يخلو عن إشكال و اشتباه و لو وجد المبيع تالفا بعد القبض فيما يكفى فى قبضه التخلية و اختلفا فى تقدم التلف على البيع و تأخره فالأصل بقاء ملك المشترى على الثمن لأصالة عدم تأثير البيع. و قد يتوهم جريان أصالة صحة البيع هنا للشك فى بعض شروطه و هو وجود المبيع. و فيه أن صحة العقد عبارة من كونه بحيث يترتب عليه الأثر شرعا فإذا فرضنا أنه عقد على شيء معدوم فى الواقع فلا تأثير له عقلا فى تمليك العين لأن تمليك المعدوم لا على قصد تمليكه عند الوجود و لا على قصد تمليك بدله مثلا أو قيمة غير معقول و مجرد إنشائه باللفظ لغو عرفا يقبح مع العلم دون الجهل بالحال فإذا شككنا فى وجود العين حال العقد فلا يلزم من الحكم بعدمه فعل فاسد من المسلم لأن التمليك الحقيقى غير متحقق و الصورى و إن تحقق لكنه ليس بفاسد إذ اللغو فاسد عرفا أى قبيح إذا صدر عمن علم بالحال. و بالجملة المد شرعا الذى تنزه عنه فعل المسلم هو التمليك الحقيقى المقصود الذى لم يمضه الشارع فافهم هذا فإنه قد غفل عنه بعض فى مسألة الاختلاف فى تقدم بيع الراهن على رجوع المرتهن عن إذنه فى البيع و تأخيره عنه حيث تمسك بأصالة صحة الرجوع عن الإذن لأن الرجوع لو وقع بعد بيع الراهن كان فاسدا لعدم مصادفته محلا يؤثر فيه. نعم لو تحققت قابلية التأثير عقلا أو تحقق الإنشاء الحقيقى عرفا و لو فيما إذا باع بلا ثمن أو باع ما هو غير مملوك كالخمر و الخنزير و كالتالف شرعا كالغريق و المسروق أو معدوم قصد تملكه عند وجوده كالثمرة المعدومة أو قصد تمليك بدله مثلا أو قيمة كما لو باع ما أتلفه زيد على عمرو أو صالحه إياه بقصد حصول أثر الملك فى بدله تحقق مورد الصحة و الفساد فإذا حكم بفساد شيء من ذلك ثم شك فى أن العقد الخارجى منه أم من الصحيح حمل على الصحيح.

المكاسب، ج۲، ص ۲۰۱

مسألة لا بد من اختبار الطعم و اللون و الرائحة فيما تختلف قيمته باختلاف ذلك

كما فى كل وصف يكون كذلك إذ لا فرق فى توقف رفع الغرر على العلم بين هذه الأوصاف و بين تقدير العوضين بالكيل و الوزن و العد. و يغنى الوصف عن الاختبار فيما يضبط من الأوصاف دون ما لا يضبط كمقدار الطعم و الرائحة و اللون و كيفياتها فإن ذلك مما لا يمكن ضبطه إلا باختبار شيء من جنسه ثم الشراء على ذلك النحو من الوصف مثل أن يكون الأعمى قد رأى قبل العمى لؤلؤة فبيعت منه لؤلؤة أخرى على ذلك الوصف و كذا الكلام فى الطعم و الرائحة لمن كان مسلوب الذائقة و الشامة. نعم لو لم يرد من اختبار الأوصاف إلا استعلام صحة المبيع و فساده جاز شراؤها بوصف الصحة كما فى الدبس و الدهن مثلا فإن المقصود من طعمهما ملاحظة عدم فسادهما بخلاف بعض أنواع الفواكه و الروائح التى تختلف قيمتها باختلاف طعمها و رائحتها و لا يقصد من اختبار أوصافها ملاحظة صحتها و فسادها. و إطلاق كلمات الأصحاب فى جواز شراء ما يراد طعمه و رائحته بالوصف محمول على ما إذا أريدت الأوصاف التى لها مدخلية فى الصحة لا الزائدة على الصحة التى تختلف بها القيمة بقرينة تعرضهم بعد هذا البيان لجواز شرائها من دون اختبار و لا وصف بناء على أصالة الصحة و كيف كان فقد قوى فى السرائر عدم الجواز أخيرا بعد اختيار جواز بيع ما ذكرنا بالوصف وفاقا للمشهور المدعى عليه الإجماع فى الغنية قال يمكن أن يقال إن بيع العين المشاهدة المرئية لا يجوز أن يكون بالوصف

لأنه غير غائب فيباع مع خيار الرؤية بالوصف فإذا لا بد من شمه و ذوقه لأنه حاضر مشاهد غير غائب يحتاج إلى الوصف و هذا قوى انتهى و يضعفه أن المقصود من الاختبار رفع الغرر فإذا فرض رفعه بالوصف كان الفرق بين الحاضر و الغائب تحكما بل الأقوى جواز بيعه من غير اختبار و لا وصف بناء على أصالة الصحة وفاقا للفاضلين و من تأخر عنهما لأنه إذا كان المفروض ملاحظة الوصف من جهة دوران الصحة معه فذكره في الحقيقة يرجع إلى ذكر وصف الصحة و من المعلوم أنه غير معتبر في البيع إجماعا بل يكفي بناء المتعاقدين عليه إذا لم يصرح البائع بالبراءة من العيوب. و أما رواية محمد بن العيص عن الرجل: يشترى ما يذاق أ يذوقه قبل أن يشترى قال نعم فليذقه و لا يذوقن ما لا يشترى. فالسؤال فيها عن جواز الذوق لا عن وجوبه ثم إنه ربما نسب الخلاف في هذه المسألة إلى المفيد و القاضي و سلار و أبي الصلاح و ابن حمزة. قال في المقنعة كل شيء من المطعومات و المشمومات يمكن للإنسان اختباره من غير إفساد له كالأدهان المختبرة بالشم و صنوف الطيب و الحلويات المذوقة فإنه لا يصح بيعها بغير اختبار فإن ابتيعت بغير اختبار كان البيع باطلا و المتبايعان فيها بالخيار فإن تراضيا بذلك لم يكن به بأس انتهى و عن القاضي أنه لا يجوز بيعها إلا بعد أن يختبر فإن بيعت من غير اختبار كان المشترى مخيرا في رده لها على البائع و المحكى من سلار و أبي الصلاح و ابن حمزة إطلاق القول بعدم صحة البيع من غير اختبار فيما لا يفسده الاختبار من غير تعرض لخيار المتبايعين كالمفيد أو للمشترى كالقاضي ثم المحكى عن المفيد و سلار أن ما يفسده الاختبار يجوز بيعه بشرط الصحة و عن النهاية و الكافي أن بيعه جائز على الشرط الصحة أو البراءة من العيوب و عن القاضي لا يجوز بيعه إلا بشرط الصحة و البراءة من العيوب قال في محكى المختلف بعد ذكر عبارة القاضي إن هذه العبارة توهم اشتراط أحد القيدين أما الصحة أو البراءة من العيوب و ليس بجيد بل الأولى انعقاد البيع سواء شرط أحدهما أم خلى عنهما أم شرط العيب و الظاهر أنه إنما صار إلى الإبهام من عبارة الشيخين حيث قالا إنه جاز على شرط الصحة أو بشرط الصحة و مقصودهما أن البيع بشرط الصحة أو على شرط الصحة جائز لا أن جوازه مشروط بالصحة أو البراءة انتهى. أقول و لعله لنكتة بيان أن مطلب الشيخين ليس وجوب ذكر الوصف في العقد كما عبر في القواعد فيما يفسده الاختبار بقوله جاز شرط الصحة لكن الإنصاف أن الظاهر من عبارتي المقنعة و النهاية و نحوهما هو اعتبار ذكر الصحة في العقد كما يظهر بالتدبر في عبارة المقنعة من أولها إلى آخرها. و عبارة النهاية هنا هي عبارة المقنعة بعينها فلاحظ. و ظاهر الكل كما ترى اعتبار خصوص الاختبار فيما لا يفسده كما تقدم عن الحلي فلا يكفي ذكر الأوصاف فضلا عن الاستغناء

عنها بأصالة السلامة و يدل عليه أن هؤلاء اشترطوا في ظاهر عبائرهم المتقدمة اشتراط الوصف أو السلامة من العيوب فيما يفسده الاختبار و إن فهم في المختلف خلاف ذلك لكن قدمنا ما فيه فينبغي أن يكون كلامهم في الأمور التي لا تضبط خصوصية طعمها و ريحها بالوصف و الظاهر أن ذلك في غير الأوصاف التي تدور عليها السلامة من العيب إلا أن تخصيصهم الحكم بما لا يفسده الاختبار كشاهد على أن المراد بالأوصاف التي لا يفسد اختبارها ما هو مناط السلامة كما أن مقابله و هو ما يفسد الشيء باختباره كالبيض و البطيخ كذلك غالبا. و يؤيده حكم القاضي بخيار المشترى و كيف كان فإن كان مذهبهم تعيين الاختبار فيما لا يضبط بالأوصاف فلا خلاف معهم منا و لا من الأصحاب و إن كان مذهبهم موافقا للحلي بناء على إرادة الأوصاف التي بها قوام السلامة من العيب فقد عرفت أنه ضعيف في الغاية و إن كان مذهبهم عدم كفاية البناء على أصالة السلامة عن الاختبار و الوصف و إن كان ذكر الوصف كافيا عن الاختبار فقد عرفت أن الظاهر من حالهم و حال غيرهم عدم التزام ذكر الأوصاف الراجعة إلى السلامة من العيوب في بيع الأعيان الشخصية. و يمكن أن يقال بعد منع جريان أصالة السلامة في الأعيان لعدم الدليل عليها لا من بناء العقلاء إلا فيما إذا كان الشك في طرو المفسد مع أن الكلام في كفاية أصالة السلامة عن ذكر الأوصاف أعم و لا من الشرع لعدم الدليل عليه إن السلامة من العيب الخاص متى ما كانت

المکاسب، ج۲، ص ۲۰۲

مقصودة على جهة الركنية للمال كالحلاوة في الدبس و الرائحة في الجلاب و الحموضة في الخل و غير ذلك مما يذهب بذهابه

معظم المالية فلا بد فى دفع الغرر من إحراز السلامة من هذا العيب الناشئ من عدم هذه الصفات و حيث فرض عدم اعتبار أصالة السلامة فلا بد من الاختبار أو الوصف أو الاعتقاد بوجودها لأمارة عرفية مغنية عن الاختبار و الوصف و متى ما كانت مقصودة لا على هذا الوجه لم يجب إحرازها. نعم لما كان الإطلاق منصرفا إلى الصحيح جاز الخيار عند تبين العيب فالخيار من جهة الانصراف نظير انصراف الإطلاق إلى النقد لا النسيئة و انصراف إطلاق الملك فى المبيع إلى غير مسلوب المنفعة سدة يعتد بها لا من جهة الاعتماد فى إحراز الصحة و البناء عليها على أصالة السلامة. بعبارة أخرى الشك فى بعض العيوب قد لا يستلزم الغرر ككون الجارية ممن لا تحيض فى سن الحيض و مثل هذا لا يعتبر إحراز السلامة منه و قد يستلزمه ككون الجارية خنثى و كون الدابة لا تستطيع من المشى أو الركوب و الحمل عليه و هذا مما يعتبر إحراز السلامة منها و حيث فرض عدم إحرازها بالأصل فلا بد من الاختبار أو الوصف. هذا و يؤيد ما ذكرناه من التفصيل أن بعضهم كالمحقق فى النافع و العلامة فى القواعد عنونا المسألة بما كان المراد طعمه أو ريحه- هذا و لكن الإنصاف أن مطلق العيب إذا التفت إليه المشترى و شك فيه فلا- بد فى رفع الغرر من إحراز السلامة عنه إما بالاختبار و إما بالوصف و إما بالإطلاق إذا فرض قيامه مقام الوصف إما لأجل الانصراف و إما لأصالة السلامة من غير تفرقة بين العيوب أصلا فلا بد إما من كفاية الإطلاق فى الكل للأصل و الانصراف و إما من عدم كفايته فى الكل نظرا إلى أنه لا يتوقع به الغرر إذا حصل منه الوثوق حتى أنه لو شك فى أن هذا العبد صحيح أو أنه أجذم لم يجز البناء على أصالة السلامة إذا لم يفد الوثوق بل لا بد من الاختبار أو وصف كونه غير أجذم و هذا و إن كان لا يخلو عن وجه إلا أنه مخالف لما يستفاد من كلماتهم فى غير موضع من عدم وجوب اختبار غير ما يراد طعمه أو ريحه من حيث سلامته من العيوب و عدمها.

مسألة يجوز ابتياع ما يفسده الاختبار من دون الاختبار

إجماعا على الظاهر و الأقوى عدم اعتبار اشتراط الصحة فى العقد و كفاية الاعتماد على أصالة السلامة كما فيما لا يفسده الاختبار خلافا لظاهر جماعة تقدم ذكرهم من اعتبار اشتراط الصحة أو البراءة من العيوب أو خصوص أحدهما. و قد عرفت تأويل العلامة فى المختلف لعبارتى المقنعة و النهاية الظاهرتين فى ذلك و إرجاعهما إلى ما أراده من قوله فى القواعد جاز بيعه بشرط الصحة من أنه مع الصحة يمضى البيع و لا- معها يتخير المشترى و عرفت أن هذا التأويل مخالف للظاهر حتى أن قوله فى القواعد ظاهر فى اعتبار شرط الصحة و لذا قال فى جامع المقاصد كما يجوز بيعه بشرط الصحة يجوز بيعه مطلقا و كيف كان فإذا تبين فساد البيع فإن كان قبل التصرف فيه بالكسر و نحوه فإن كان لفاسده قيمة كبيض النعامة و الجوز تخير بين الرد و الأرش و لو فرض بلوغ الفساد إلى حيث لا يعد الفاسد من أفراد ذلك الجنس عرفا كالجوز الأجوف الذى لا يصلح إلا للإحراق فيحتمل قويا بطلان البيع إن لم يكن لفاسده قيمة تبين بطلان البيع لوقوعه على ما ليس بمتمول و إن كان تبين الفساد بعد الكسر ففى الأول تبين الأرش خاصة لمكان التصرف فيه. و يظهر من المبسوط قول بأنه لو كان تصرفه على قدر يستعلم فيه فساد المبيع لم يسقط الرد و المراد بالأرش تفاوت ما بين صحيحة و فاسده غير المكسورة لأن الكسر نقص حصل فى يد المشترى و منه يعلم ثبوت الأرش أيضا و لو لم يكن لمكسوره قيمة لأن العبرة فى التمول بالفاسد غير المكسور و لا عبرة بخروجه بالكسر عن التمول و يبطل البيع فى الثانى أعنى ما لم يكن لفاسده قيمة وفاقا للمبسوط و السرائر و ظاهر من تأخر عنهما و ظاهرهم بطلان البيع من رأس كما صرح به الشيخ و الحلى و العلامة فى التذكرة مستدلين بوقوعه على ما لا قيمة له كالحشرات و هو صريح جماعة ممن تأخر عنهم أو ظاهر آخرين عدا الشهيد فى الدروس فإن ظاهره انفساخ البيع من حين تبين الفساد لا- من أصله و جعل الثانى احتمالا و نسبه إلى ظاهر الجماعة و لم يعلم وجه ما اختاره و لذا نسب فى الروضة خلافه إلى الوضوح و هو كذلك فإن الفاسد الواقعى إن لم يكن من الأموال الواقعية كان العقد عليه فاسدا لأن اشتراط تمول العوضين واقعى لا علمى و إن كان من الأموال الواقعية فإن لم يكن بينه و بين الصحيح تفاوت فى القيمة لم يكن هنا أرش و لا رد بل كان البيع لازما و قد تلف المبيع بعد قبضه و إن كان بينه و بين الصحيح الواقعى تفاوت فاللازم هو استرجاع نسبه تفاوت ما بين الصحيح و

الفاسد من الثمن لا جميع الثمن اللهم إلا أن يقال إنه مال واقعى إلى حين تبين الفساد فإذا سقط عن المالية لأمر سابق على العقد و هو فساده واقعا كان فى ضمان البائع فينفسخ البيع حينئذ بل يمكن أن يقال بعدم الانفساخ فيجوز له الإمضاء فيكون مكسورة ملكا له و إن خرج عن المالية بالكسر و حيث إن خروجه عن المالية لأمر سابق على العقد كان مضمونا على البائع و تدارك هذا العيب أعنى فوات المالية لا يكون إلا بدفع تمام الثمن لكن سيجىء ما فيه من مخالفته للقواعد و الفتاوى.

و فيه وضوح كون ماليته عرفا و شرعا من حيث الظاهر و أما إذا انكشف الفساد حكم بعدم المالية الواقعية من أول الأمر مع أنه لو كان مالا ـ واقعيا فالعيب حادث فى ملك المشترى فإن العلم مخرج له عن المالية لا كاشف فليس هذا عينا مجهولا و لو سلم فهو كالأرمد يعمى بعد الاشتراء و المريض يموت مع أن فوات المالية بعد تلفا لا عيبا ثم إن فائدة الخلاف تظهر فى ترتب آثار ملكية المشترى الثمن إلى حين تبين الفساد. و عن الدروس و اللمعة أنها تظهر فى مئونة نقله عن الموضع الذى اشتراه فيه إلى موضع اختباره فعلى الأول على البائع و على الثانى على المشترى لوقوعه فى ملكه و فى جامع المقاصد الذى يقتضيه النظر أنه ليس له رجوع على البائع بها لانتفاء المقتضى و تبعه الشهيد الثانى فقال لأنه نقله بغير أمره فلا يتجه الرجوع عليه بها و كون المشترى

المكاسب، ج ۲، ص ۲۰۳

هنا كجاهل استحقاق المبيع حيث رجع بما غرم إنما يتجه مع الغرور و هو منفى هنا لاشتراكهما فى الجهل انتهى. و اعترض عليه بأن الغرر لا يختص بصورة علم الغار و هنا قول ثالث نفى عنه البعد بعض الأساطين و هو كونه على البائع على التقديرين و هو بعيد على تقدير الفسخ من حين تبين الفساد هذا كله فى مئونة النقل من موضع الشراء إلى موضع الكسر. و أما مئونة نقله من موضع الكسر لو وجب تفريغه منه لمطالبة مالكه أو لكونه مسجدا أو مشهدا فإن كان المكسور مع عدم تموله ملكا نظير حبة الحنطة فالظاهر على البائع على التقديرين لأنه بعد الفسخ ملكه و أما لو لم يكن قابلا للتملك فلا يبعد مؤاخذة المشترى به و فى رجوعه على البائع ما تقدم فى مئونة نقله إلى موضع الكسر. ثم إن المحكى فى الدروس عن الشيخ و أتباعه أنه لو تبرأ البائع عن البيع فيما لا قيمة لمكسوره صح قال و يشكل بأنه أكل مال بالباطل و تبعه الشهيد و المحقق الثانيان. و قد تصدى بعض لتوجيه صحة الاشتراء بالبراءة بما حاصله منع بطلان البيع و إن استحق المشترى مجموع الثمن من باب الأرش المستوعب فإن الأرش غرامة أوجبها الشارع بسبب العيب لا أنه جزء من الثمن استحق بسبب فوات ما قابله من المثمن و لذا يسقط بالإسقاط و لا يتعين على البائع الإعطاء من نفس الثمن ليسقط بالتبرى و ليس هذا كاشتراط عدم المبيع فى عقد البيع إذ المثمن يتحقق على حسب معاملة العقلاء و لم يعلم اعتبار أزيد من ذلك فى صحة البيع فمن فرض رضاه بذلك يكون قادما على بذل ماله على هذا النحو.

نعم لو لم يشترط استحق الرجوع بالأرش المستوعب و لعله لذلك لم يعبروا بالبطلان و إن ذكر المحقق و غيره الرجوع بالثمن و فهم منه جماعة بطلان البيع لكنه قد يمنع بعدم خروجه عن المالية و إن لم يكن له قيمة و هو أعم من بطلان البيع انتهى محصله. و فيه مواقع للنظر فإن المتعرضين للمسألة بين مصرح ببطلان البيع كالشيخ فى المبسوط و الحلى فى السرائر و العلامة فى التذكرة معللين ذلك بأنه لا يجوز بيع ما لا قيمة له و بين من صرح برجوع المشترى بتمام الثمن الظاهر فى البطلان فإن الرجوع بعين الثمن لا يعقل من دون البطلان و يكفى فى ذلك ما تقدم من الدروس من أن ظاهر الجماعة البطلان من أول الأمر و اختار قدس سره الانفساخ من حين تبين الفساد فعلم أن لا ـ قول بالصحة مع الأرش بل ظاهر العلامة رحمه الله فى التذكرة عدم هذا القول بين المسلمين حيث إنه بعد حكمه بفساد البيع معللا بوقوع العقد على ما لا قيمة له و حكاية ذلك عن بعض الشافعية قال و قال بعضهم بفساد البيع لا لهذه العلة بل لأن الرد ثبت على سبيل استدراك الظلامة و كما يرجع بجزء من الثمن عند انتقاص جزء من المبيع كذلك يرجع بكل الثمن عند فوات كل المبيع. و تظهر فائدة الخلاف فى أن القشور الباقية بمن يختص حتى يجب عليه تطهير الموضع عنها انتهى. هذا مع أنه لا مجال للتأمل فى البطلان بناء على ما ذكرنا من القطع بأن الحكم بمالية المبيع هنا شرعا و عرفا حكم ظاهرى و تمول العوضين شرط واقعى لا علمى و لذا لم يتأمل ذو مسكة فى بطلان بيع من بان حرا أو ما بان خمرا و غير ذلك إذ انكشاف فقد العوض مشترك بينهما

ثم إن الجمع بين عـدم خروجه عن المالية و بين عدم القيمة لمكسوره مما لا يفهم فلعله أراد الملكية مضافا إلى أن الأرش المستوعب للثمن لا يخلو تصوره عن إشكال لأن الأرش كما صرحوا به تفاوت ما بين قيمتى الصحيح و المعيب. نعم ذكر العلامة فى التذكرة و التحرير و القواعد أن المشترى للعبد الجانى عمدا يتخير مع الجهل بين الفسخ فيسترد الثمن أو طلب الأرش فإن استوعبت الجناية القيمة كان الأرش جميع الثمن أيضا و قد تصدى جامع المقاصد لتوجيه عبارة القواعد فى هذا المقام بما لا يخلو عن بعد فراجع و كيف كان فلا أجد وجها لما ذكره و أضعف من ذلك ما ذكره بعض آخر من منع حكم الشيخ و أتباعه بصحة البيع و اشتراط البائع على المشترى البراءة من العيوب و زعم أن معنى اشتراط البراءة فى كلامهم اشتراط المشترى على البائع البراءة من العيوب فيكون مرادفا لاشتراط الصحة و أنت خبير بفساد ذلك بعد ملاحظة عبارة الشيخ و الأتباع فإن كلامهم ظاهر أو صريح فى أن المراد براءة البائع من العيوب لا المشترى. نعم لم أجد فى كلام الشيخين و المحكى عن غيرهما تعرضا لذكر هذا الشرط فى خصوص ما لا قيمة لمكسوره ثم إنه ربما يستشكل فى جواز اشتراط البراءة من العيوب غير المخرجة عن المالية أيضا بلزوم الغرر فإن بيع ما لا يعلم صحته و فساده لا يجوز إلا بناء على أصالة الصحة و اشتراط البراءة كان بمنزلة البيع من غير اعتذار بوجود العيوب و عدمها. و قد صرح العلامة و جماعة بفساد العقد لو اشترط سقوط خيار الرؤية فى العين الغائبة و سيجىء توضيحه فى باب الخيارات إن شاء الله.

مسألة المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك فى فأره

مسألة المشهور من غير خلاف يذكر جواز بيع المسك فى فأره

و الفأر بالهمزة قيل جمع فأرة كتمر و تمرة. و عن النهاية أنه قد لا يهمز تخفيفا. و مستند الحكم العمومات غير المزاحمة بما يصلح للتخصيص عدا توهم النجاسة المندفع فى باب النجاسات بالنص و الإجماع أو توهم جهالته بناء على ما تقدم من احتمال عدم العبرة بأصالة الصحة فى دفع الغرر. و يندفع بما تقدم من بناء العرف على الأصل فى نفى الفساد و بناء الأصحاب على عدم التزام الاختبار فى الأوصاف التى تدور معها الصحة لكنك خبير بأن هذا كله حسن لدفع الغرر الحاصل من احتمال الفساد و أما الغرر من جهة تفاوت أفراد الصحيح الذى لا يعلم إلا بالاختبار فلا رافع له. نعم قد روى فى التذكرة مرسلا عن الإمام الصادق ع جواز بيعه لكن لم يعلم إرادة ما فى الفأرة و كيف كان فإذا فرض أنه ليست له أوصاف خارجية يعرف بها الوصف الذى له دخل فى القيمة. فالأحوط ما ذكروه من فتقه بإدخال خيط فيها بإبرة ثم إخراجه و شمه ثم لو شمه و لم يرض به فهل يضمن هذا النقص الذى أدخل عليه من جهة الفتق لو فرض حصوله فيه و لو بكونه جزء أخيرا لسبب النقص بأن فتق قبله بإدخال الخيط و الإبرة مرارا وجه مبنى على ضمان النقص فى المقبوض بالسوم

المكاسب، ج۲، ص ۲۰۴

فالأولى أن يباشر البائع ذلك فيشم المشترى الخيط ثم إن الظاهر من العلامة عدم جواز بيع اللؤلؤ فى الصدف و هو كذلك و صرح بعدم جواز بيع البيض فى بطن الدجاج للجهالة و هو حسن إذا لم يعرف لذلك الدجاج فرد معتاد من البيض من حيث الكبر و الصغر

مسألة لا فرق فى عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه

مسألة لا فرق فى عدم جواز بيع المجهول بين ضم معلوم إليه و عدمه

لأن ضم المعلوم إليه لا يخرجه عن الجهالة فيكون المجموع مجهولا إذ لا نعنى بالمجهول ما كان كل جزء جزء منه مجهولا و يتفرع على ذلك أنه لا يجوز بيع سمك الآجام و لو كان مملوكا لجهالته و إن ضم إليه القصب أو غيره و لا اللبن فى الضرع و لو ضم إليه ما يحلب منه أو غيره على المشهور كما فى الروضة. و خص المنع جماعة بما إذا كان المجهول مقصودا بالاستقلال أو منضما إلى

المعلوم و جوزوا بيعه إذا كان تابعا للمعلوم و هو المحكى عن المختلف و شرح الإرشاد لفخر الإسلام و المقتصر و استحسنه المحقق و الشهيد الثانيان و لعل المانعين لا يريدون إلا ذلك نظرا إلى أن جهالة التابع لا يوجب الغرر و لا صدق اسم المجهول على المبيع عرفا حتى يندرج فى إطلاق ما دل من الإجماع على عدم جواز بيع المجهول فإن أكثر المعلومات بعض أجزائها مجهول خلافا للشيخ فى النهاية و ابن حمزة فى الوسيلة. و المحكى عن الإسكافى و القاضى بل فى مفتاح الكرامة أن الحاصل من التتبع أن المشهور بين المتقدمين هو الصحة بل عن الخلاف و الغنية الإجماع فى مسألة السمك و اختاره من المتأخرين المحقق الأردبيلى و صاحب الكفاية و المحدث العاملى و المحدث الكاشانى و حكى عن ظاهر غاية المراد و صريح حواشيه على القواعد و حجتهم على ذلك الأخبار المستفيضة الواردة فى مسألتى السمك و اللبن و غيرهما. ففى مرسلة البزنطى التى إرسالها بوجود سهل فيها سهل عن أبى عبد الله ع قال: إذا كانت أجمة ليس فيها قصب أخرج شىء من سمك فيباع و ما فى الأجمة و رواية معاوية بن عمار عن أبى عبد الله ع: لا بأس بأن يشترى الآجام إذا كانت فيها قصب و المراد شراء ما فيها بقرينة الرواية السابقة و اللاحقة. و رواية أبى بصير عن أبى عبد الله ع: فى شراء الأجمة ليس فيها قصب إنما هى ماء قال تصيد كفا من سمك تقول أشترى منك هذا السمك و ما فى هذه الأجمة بكذا و كذا و موثقة سماعة عن أبى عبد الله ع كما فى الفقيه قال: سألته عن اللبن يشترى و هو فى الضرع قال لا إلا أن يحلب لك فى سكرجة فيقول اشتر منى هذا اللبن الذى فى الأسكرجة و ما فى ضروعها بثمن مسمى فإن لم يكن فى الضرع شىء كان ما فى السكرجة و عليها تحمل صحيحة عيص بن القاسم قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل له نعم يبيع ألبانها بغير كيل قال نعم حتى تنقطع أو شىء منها بناء على أن المراد بيع اللبن الذى فى الضرع بتمامه أو بيع شىء منه محلوب فى الخارج و ما بقى فى الضرع بعد حلب شىء منه و فى الصحيح إلى ابن محبوب عن أبى إبراهيم الكرخى قال: قلت لأبى عبد الله ع ما تقول فى رجل اشترى من رجل أصواف مائة نعجة و ما فى بطونها من حمل بكذا و كذا درهما قال لا بأس إن لم يكن فى بطونها حمل كان رأس ماله فى الصوف و موثقة إسماعيل بن الفضل الهاشمى عن أبى عبد الله ع: فى الرجل يتقبل بخراج الرجال و جزية رءوسهم و خراج النخل و الشجر و الآجام و المصائد و السمك و الطير و هو لا يدرى لعله لا يكون شىء من هذا أبدا أو يكون أ يشتريه و فى أى زمان يشتريه و يتقبل به قال ع إذا علم من ذلك شيئا واحدا أنه قد أدرك فاشتره و تقبل به. و ظاهر الأخيرين كموثقة سماعة أن الضميمة المعلومة إنما تنفع من حيث عدم الوثوق بحصول المبيع لا من حيث جهالته فإن ما فى الأسكرجة غير معلوم بالوزن و الكيل و كذا المعلوم الحصول من الأشياء المذكورة فى رواية الهاشمى مع أن المشهور كما عن الحدائق المنع عن بيع الأصواف على ظهور الغنم بل عن الخلاف عليه الإجماع و القائلون بجوازه استدلوا برواية الكرخى مع منعهم عن مضمونها من حيث ضم ما فى البطون إلى الأصواف فتبين أن الرواية لم يقل أحد بظاهرها و مثلها فى الخروج عن مسألة ضم المعلوم إلى المجهول روايتا أبى بصير و البزنطى فإن الكف من السمك لا يجوز بيعه لكونه من الموزون و لذا جعلوه من الربويات و لا ينافى ذلك تجويز بيع سمك الآجام إذا كانت مشاهدة لاحتمال أن لا يعتبر الوزن فى بيع الكثير منه كالذى لا يدخل فى الوزن لكثرته كزبرة الحديد بخلاف القليل منه. و أما رواية معاوية بن عمار فلا دلالة فيها على بيع السمك إلا بقرينة

روايتى أبى بصير و البزنطى اللتين عرفت حالهما فتأمل. ثم على تقدير الدلالة إن أريد انتزاع قاعدة منها و هى جواز ضم المجهول إلى المعلوم و إن كان المعلوم غير مقصود بالبيع إلا حيلة لجواز نقل المجهول فلا دلالة فيها على ذلك و لم يظهر من العاملين بها التزام هذه القاعدة بل المعلوم من بعضهم بل كلهم خلافه فإنا نعلم من فتاواهم عدم التزامهم لجواز بيع كل مجهول من حيث الوصف أو التقدير بمجرد ضم شىء معلوم إليه كما يشهد به تتبع كلماتهم و إن أريد الاقتصار على مورد النصوص و هو بيع سمك الآجام و لبن الضرع و ما فى البطون مع الأصواف فالأمر سهل على تقدير الإغماض عن مخالفة هذه النصوص للقاعدة المجمع عليها بين الكل من عدم جواز بيع المجهول مطلقا بقى الكلام فى توضيح التفصيل المتقدم و أصله من العلامة. قال فى القواعد فى باب شرط العوضين كل مجهول مقصود بالبيع لا يصح بيعه و إن انضم إلى معلوم و يجوز مع الانضمام إلى معلوم إن كان تابعا انتهى. و ارتضى هذا

التفصیل جماعة ممن تأخره عنه إلا أن مرادهم من المقصود و التابع غیر واضح و الذی یظهر من مواضع من القواعد و التذکرة أن مراده بالتابع ما یشترط دخوله فی البیع و بالمقصود ما کان جزء. قال فی القواعد فی باب الشرط فی ضمن البیع لو شرط أن الأمة حامل أو الدابة کذلک صح أما لو باع الدابة و حملها و الجاریة و حملها بطل لأن کل ما لا یصح بیعه منفردا لا یصح جزء من المقصود و یصح تابعا انتهی و فی باب ما یندرج فی المبیع قال السادس العبد و لا یتناول ماله

المکاسب، ج۲، ص ۲۰۵

الذی ملکه مولاه إلا أن یستثنیه المشتری إن قلنا إن العبد یملک فینتقل إلی المشتری مع العبد و کان جعله للمشتری إبقاء له علی العبد فیجوز أن یکون مجهولا أو غائبا أما إذا أحلنا تملکه و باعه و ما معه صار جزء من المبیع فتعتبر فیه شرائط البیع انتهی. و بمثل ذلک فی الفرق بین جعل المال شرطا و بین جعله جزء صرح فی التذکرة فی فروع مسألة تملک العبد و عدمه معللا بکونه مع الشرط کماء الآبار و أخشاب السقوف. و قال فی التذکرة أیضا فی باب شروط العوضین لو باع الحمل مع أمه جاز إجماعا. و فی موضع آخر من باب الشرط فی العقد لو قال بعتک هذه الدابة و حملها لم یصح عندنا لما تقدم من أن الحمل لا یصح جعله مستقلا بالشراء و لا جزء. و قال أیضا و لو باع الحامل و یشترط للمشتری الحمل صح لأنه تابع کأسس الحیطان و إن لم یصح ضمه فی البیع مع الأم للفرق بین الجزء و النابع و قال فی موضع آخر لو قال بعتک هذه الشاة و ما فی ضرعها من اللبن لم یجز عندنا. و قال فی موضع آخر لو باعه دجاجة ذات بیضة و شرطها صح و إن جعلها جزء من المبیع لم یصح. و هذه کلها صریحة فی عدم جواز ضم المجهول علی وجه الجزئیة من غیر فرق بین تعلق الغرض الداعی بالمعلوم أو المجهول و قد ذکر هذا المحقق الثانی فی جامع المقاصد فی مسألة اشتراط دخول الزرع فی بیع الأرض قال و ما قد یوجد فی بعض الکلام من أن المجهول إن جعل جزء من المبیع لا یصح و إن اشترط صح و نحو ذلک فلیس بشیء لأن العبارة لا أثر لها و الشرط محسوب من جملة المبیع و لأنه لو باع الحمل و الأم صح البیع و لا یتوقف علی بیعها اشتراطه انتهی و هو الظاهر من الشهیدین فی اللمعة و الروضة حیث اشترطا فی مال العبد المشروط دخوله فی بیعه استجماعه لشروط البیع و قد صرح الشیخ فی مسألة اشتراط مال العبد اعتبار العلم بمقدار المال و عن الشهید لو اشتراه و ماله صح و لم یشترط علمه و لا التفصی من الربا إن قلنا إنه یملک و إن أحلنا ملکه اشترط و قال فی الدروس لو جعل الحمل جزء من البیع فالأقوی الصحة لأنه بمنزلة الاشتراط و لا یضر الجهالة لأنه تابع انتهی. و اختاره جامع المقاصد ثم إن التابع فی کلام هؤلاء یحتمل أن یراد به ما یعد فی العرف تابعا کالحمل مع الأم و اللبن مع الشاة و البیض مع الدجاج و مال العبد معه و الباغ فی الدار و القصر فی البستان و نحو ذلک مما نسب البیع عرفا إلی المتبوع لا إلیهما معا و إن فرض تعلق الغرض الشخصی بکلیهما فی بعض الأحیان بل بالتابع خاصة کما قد یتفق فی حمل بعض أفراد الخیل و هذا هو الظاهر من کلماتهم فی بعض المقامات کما تقدم عن الدروس و جامع المقاصد من صحة بیع الأم و حملها لأن الحمل تابع. قال فی جامع المقاصد فی شرح قوله المتقدم عن القواعد و یجوز مع الانضمام إلی معلوم إذا کان تابعا إن إطلاق العبارة یشمل ما إذا شرط حمل دابة فی بیع دابة أخری إلا أن یقال التبعیة إنما تتحقق مع الأم لأنه حینئذ بمنزلة بعض أجزائها و مثله زخرفة جدران البیت انتهی. و فی التمثیل نظر لخروج زخرفة الجدران عن محل الکلام فی المقام إلا أن یرید مثال الأجزاء لأمثال التابع لکن هذا ینافی ما تقدم من اعتبارهم العلم فی مال العبد وفاقا للشیخ رحمه الله مع أن مال العبد تابع عرفی کما صرح به فی المختلف فی مسألة بیع العبد و اشتراط ماله و یحتمل أن یکون مرادهم من التابع بحسب قصد المتبایعین و هو ما یکون المقصود بالبیع غیره و إن لم یکن تابعا عرفیا کمن اشتری قصب الآجام و کان فیها قلیل من السمک أو اشتری سمک الآجام و کان فیها قلیل من القصب و هذا أیضا قد یکون کذلک بحسب النوع و قد یکون کذلک بحسب الشخص کمن أراد السمک القلیل لأجل حاجة لکن لم یتهیأ له شراؤه إلا فی ضمن قصبة الأجمة و الأول هو الظاهر من مواضع من المختلف منها فی بیع اللبن فی الضرع مع المحلوب منه حیث حمل روایة سماعة المتقدمة علی ما إذا کان المحلوب یقارب الثمن و یصیر أصلا و الذی فی الضرع تابعا. و قال فی مسألة بیع ما فی بطون الأنعام مع الضمیمة و المعتمد

أن نقول إن كـان الحمل تابعا صـح البيع كما لو باع الأم و حملها أو باع ما يقصـد مثله بمثل الثمن و ضم الحمل فهـذا لا بأس به و إلا كـان باطلاـ و أمـا الاحتمال الثانى أعنى مراعاة الغرض الشخصـى للمتبائعين فلم نجـد عليه شاهـدا إلا ثبوت الغرر على تقـدير الغرض الشخصـى بـالمجهول و انتفـاءه على تقـدير تعلقه بالمعلوم و يمكن تنزيل إطلاقات عبارات المختلف عليه كما لا يخفى و ربما احتمل بعض بـل استـظهر أن مراده بكون المعلوم مقصودا و المجهول تابعـا كون المقصود بـالبيع ذلك المعلوم بمعنى أن الإقـدام منهما و لو بتصـحيح البيع على أن المبيع المقابل بالثمن هذا المعلوم الذى هو و إن سـمى ضـميمة لكنه المقصود فى تصـحيح البيع قال و لا ينافيه كون المقصود بالنسبـة إلى الغرض ما فيه الغرر نظير ما يستـعمله بعض الناس فى التخلص من المخاصـمة بعد ذلك فى الذى يراد بيعه لعارض من العوارض بإيقاع العقـد على شـىء معين معلوم لا نزاع فيه و جعل ذلك من التوابع و اللواحق لما عقـد عليه البيع فلا يقـدح حصوله و عدم حصوله كما أومئ إليه فى ضميمة الآبق و ضميمة الثمر على الشجر و ضميمة ما فى الضروع و ما فى الآجام انتهى. و لا يخفى أنه لم توجـد عبارة من عبائرهم تقبل هـذا الحمل إلا أن يريد بالتابع جعل المجهول شـرطا و المعلوم مشـروطا فيريد ما تقدم من القواعد و التذكرة و لا أظن إرادة ذلك من كلامه بقرينة استشهاده بأخبار الضميمة فى الموارد المتفرقة. و الأوفق بالقواعد أن يقال أما الشـرط و الجزء فلاـ فرق بينهمـا من حيث لزوم الغرر بالجهالـة و أمـا قصـد المتبـايعين بحسب الشـخص فالظاهر أنه غير مؤثر فى الغرر وجودا و عـدما لأن الظاهر من حـديث الغرر من كلماتهم عـدم مدخليـة قصـد المتبايعين فى الموارد الشخصـية بل و كذلك قصدهما بحسب النـوع على الـوجه الـذى ذكره فى المختلف من كون قيمـة المعلوم تقـارب الثمن المـدفوع له و للمجهول. و أمـا التـابع العرفى فـالمجهول منه و إن خرج عن الغرر عرفـا إلاـ أن المجعول منه جزء داخل ظاهرا فى معقـد الإجماع على اشتراط العلم بالمبيع المتوقف على العلم بالمجموع. نعم لو كان الشرط تابعا عرفيا خرج عن بيع الغرر و عن

المكاسب، ج۲، ص ۲۰۶

معقد الإجماع على اشتراط كون المبيع معلوما فيقتصر عليه هذا كله فى التابع من حيث جعل المتبايعين. و أما التابع للمبيع الذى يندرج فى المبيع و إن لم يضم إليه حين العقـد و لم يخطر ببـال المتبـايعين فالظـاهر عـدم الخلاف و الإشـكال فى عـدم اعتبار العلم به إلا إذا اسـتلزم غررا فى نفس المبيع إذ الكلاـم فى مسألـة الضـميمة من حيث الغرر الحاصل فى المجموع لا السارى من المجهول إلى المعلوم فافهم.

مسألة يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقيصة

مسألة يجوز أن يندر لظرف ما يوزن مع ظرفه مقدار يحتمل الزيادة و النقيصة

على المشـهور بل لا خلاف فيه فى الجملة بل عن فخر الإسـلام التصـريح بدعوى الإجماع. قال فيما حكى عنه نص الأصحاب على أنه يجوز الانـدار للظروف بمـا يحتمـل الزيـادة و النقيصـة فقـد اسـتثنى من المبيع أمر مجهول و اسـتثناء المجهول مبطـل للبيع إلا فى هـذه الصورة فإنه لا يبطل إجماعا انتهى. و الظاهر أن إطلاق الاسـتثناء باعتبار خروجه عن المبيع و لو من أول الأمر بل الاستثناء الحقيقى من المبيع يرجع إلى هذا أيضا ثم إن الأقوال فى تفصيل المسألة ستة الأول جواز الاندار بشرطين كون المندر متعارف الاندار عند التجار و عـدم العلم بزيـادة مـا ينـدره و هو للنهايـة و الوسـيلة و عن غيرهمـا. الثـانى عطف النقيصـة على الزيـادة فى اعتبار عـدم العلم بها و هو للتحرير. الثـالث اعتبـار العادة مطلقا و لو علم الزيادة أو النقيصـة و مع عـدم العادة فيما يحتملهما و هو لظاهر اللمعـة و صـريح الروضـة. الرابع التفصـيل بين مـا يحتمـل الزيـادة و النقيصـة فيجوز مطلقـا و بين مـا علم الزيـادة فـالجواز بشـرط التراضـى. الخـامس عطف العلم بالنقيصـة على الزيادة و هو للمحقق الثانى ناسـبا له إلى كل من لم يـذكر النقيصة. السادس إناطة الحكم بالغرر ثم إن صور المسألة أن يوزن مظروف مع ظرفه فيعلم أنه عشـرة أرطـال فـإذا أريـد بيع المظروف فقـط كما هو المفروض و قلنا بكفايـة العلم بوزن المجموع و عـدم اعتبار العلم بوزن المبيع منفردا على ما هو مفروض المسألـة و معقد الإجماع المتقدم فتارة يباع المظروف المذكور جملة بكذا و

حينئذ فلا يحتاج إلى الانـدار لأن الثمن و المثمن معلومان بالفرض و أخرى يباع على وجه التسعير بأن يقول بعتكه كل رطل بدرهم- فتجىء مسألـة الانـدار للحاجـة إلى تعيين ما يستحقه البائع من الـدراهم و يمكن أن تحرر المسألـة على وجه آخر و هو أنه بعد ما علم وزن الظرف و المظروف و قلنا بعدم لزوم العلم بـوزن المظروف منفردا أى مقـدار للظرف يجعـل وزن المظروف فى حكم المعلوم و هل هو منوط بالمعتاد بين التجار و التراضـى أو بغير ذلك. فالكلام فى تعيين مقدار المندر لأجل إحراز شرط صحة بيع المظروف بعد قيام الإجماع على عـدم لزوم العلم بوزنه بالتقدير أو بإخبار البائع و إلى هذا الوجه ينظر بعض الأساطين حيث أناط مقدار المنذر بما لا يحصل معه غرر. و اعترض على ما فى القواعد و مثلها من اعتبار التراضى فى جواز إندار ما يعلم زيادته بأن التراضى لا يدفع غررا و لا يصـحح عقـدا و تبعه فى ذلك بعض أتباعه. و يمكن أن يستظهر هذا الوجه من عبارة الفخر المتقدمة حيث فرع استثناء المجهول من المبيع على جواز الانـدار إذ على الوجه الأول يكون استثناء المجهول متفرعا على جواز بيع المظروف بـدون الظرف المجهول لا على جواز إنـدار مقـدار معين إذ الانـدار حينئذ لتعيين الثمن فتأمل. و كيف كان فهذا الوجه مخالف لظاهر كلمات الباقين فإن جماعة منهم كما عرفت من الفاضلين و غيرهما خصوا اعتبار التراضـى بصورة العلم بالمخالفة- فلو كان الاندار لإحراز وزن المبيع و تصحيح العقد لكان معتبرا مطلقا إذ لا معنى لإيقاع العقد على وزن مخصوص بثمن مخصوص من دون تراض. و قد صرح المحقق و الشـهيد الثانيان فى وجه اعتبار التراضـى مع العلم بالزيادة أو النقيصـة بأن الانـدار من دون التراضـى تضـييع لمال أحدهما و لا يخفى أنه لو كان اعتبار الاندار قبل العقد لتصـحيحه لم يتحقق تضييع المال لأن الثمن وقع فى العقد فى مقابل المظروف سواء فرض زائدا أم ناقصا هذا مع أنه إذا فرض كون استقرار العادة على إندار مقدار معين يحتمل الزيادة و النقيصة فالتراضـى على الزائد عليه أو الناقص عنه يقينا لا يوجب غررا بل يكون كاشتراط زيادة مقدار على المقدار المعلوم غير قادح فى صـحة البيع مثلا لو كان المجموع عشـرة أرطال و كان المعتاد إسـقاط رطـل للظرف فـإذا تراضـيا على أن ينـدر للظرف رطلا فكأنه شـرط للمشترى أن لا يحسب عليه رطلا و لو تراضـيا على إنـدار نصف رطل فقد اشترط المشترى جعل ثمن تسـعة أرطال و نصف ثمنا للتسـعة فلا معنى للاعتراض على من قال فى اعتبار التراضى فى إنـدار ما علم زيادته أو نقيصـته بأن التراضـى لا يـدفع غررا و لا يصـحح عقدا و كيف كان فالظاهر هو الوجه الأول فيكون دخول هذه المسألـة فى فروع مسألـة تعيين العوضـين من حيث تجويز بيع المظروف بـدون ظرفه المجهول كما عنون المسألـة بذلك فى اللمعة بل نسبه فى الحدائق إليهم لا من حيث إندار مقدار معين للظرف المجهول وقت العقد و التواطؤ على إيقاع العقد على الباقى بعد الاندار.

و ذكر المحقق الأردبيلى رحمه الله فى تفسير عنوان المسألة أن المراد أنه يجوز بيع الموزون بأن يوزن مع ظرفه ثم يسقط من المجموع مقـدار الظرف تخمينا بحيث يحتمل كونه مقـدار الظرف لا أزيد و لا أنقص بل و إن تفاوت لا يكون إلا بشـىء يسـير متساهل به عادة ثم دفع ثمن البـاقى مع الظرف إلى البائع انتهى. فظاهره الوجه الأول الـذى ذكرناه حيث جوز البيع بمجرد وزن المظروف مع الظرف و جعل الانـدار لأجل تعيين الباقى الـذى يجب عليه دفع ثمنه. و فى الحـدائق فى مقام الرد على من ألحق النقيصة بالزيادة فى اعتبار عدم العلم بها قال إن الانـدار حق للمشترى لأنه قـد اشترى مثلا مائـة من من السـمن فى هـذه الظروف فالواجب قيمـة المائـة المذكورة و له إسقاط ما يقابل المظروف من هذا الوزن انتهى. و هذا الكلام و إن كان مؤيدا لما استقربناه فى تحرير المسألة إلا أن جعل الاندار حقا للمشترى و التمثيل بما ذكره لا يخلو من نظر فإن المشترى لم يشتر مائة من من السـمن فى هذه الظروف لأن التعبير بهذا مع العلم بعدم كون ما فى هـذه الظروف مائـة من لغو بل المبيع فى الحقيقـة ما فى هـذه الظروف التى هى مع المظروف مائة من فإن باعه بثمن معين فلا حاجة إلى الاندار و لا حق للمشترى و إن اشتراه على

المكاسب، ج۲، ص ۲۰۷

وجه التسـعير بقوله كل من بكـذا فالإنـدار إنما يحتاج إليه لتعيين ما يستحقه البائع على المشترى من الثمن فكيف يكون الواجب قيمة المائـة كما ذكره المحـدث. و قـد علم مما ذكرنا أن الاندار الذى هو عبارة عن تخمين الظرف الخارج عن المبيع بوزن إنما هو لتعيين حق البـائع و ليس حقا للمشترى- . و أما الأخبار فمنها موثقـة حنان قال: سـمعت معمر الزيات قال لأبى عبـد الله ع إنا نشترى الزيت فى

زقاقه فيحسب لنا النقصان لمكان الزقاق فقال له إن كان يزيد و ينقص فلا بأس و إن كان يزيد و لا ينقص فلا تقربه قيل و ظاهره عدم اعتبار التراضى. أقول المفروض فى السؤال هو التراضى لأن الحاسب هو البائع أو وكيله و هما مختاران و المحسوب له هو المشترى. و التحقيق أن مورد السؤال صحة الاندار من إبقاء الزقاق للمشترى بلا ثمن أو بثمن مغاير للمظروف أو مع ردها إلى البائع من دون وزن لها فإن السؤال عن صحة جميع ذلك بعد الفراغ عن تراضى المتبايعين عليه فلا إطلاق فيه يعم صورة عدم التراضى. و يؤيده النهى عن ارتكابه مع العلم بالزيادة فإن النهى عنه ليس ارتكابه بغير تراض فافهم فحينئذ لا يعارضها ما دل على صحة ذلك مع التراضى مثل رواية على ابن أبى حمزة قال: سمعت معمر الزيات يسأل أبا عبد الله ع قال جعلت فداك نطرح ظروف السمن و الزيت كل ظرف كذا و كذا رطلا فربما زاد و ربما نقص قال إذا كان ذلك عن تراض منكم فلا بأس فإن الشرط فيه مسوق- لبيان كفاية التراضى فى ذلك و عدم المانع منه شرعا فيشبه التراضى العلة التامة غير متوقفة على شيء و نحوه اشتراط التراضى فى خبر على بن جعفر المحكى عن قرب الإسناد عن أخيه موسى ع: عن الرجل يشترى المتاع وزنا فى الناسية و الجوالق فيقول ادفع للناسية رطلا أو أكثر من ذلك أ يحل ذلك البيع قال إذا لم يعلم وزن الناسية و الجوالق فلا بأس إذا تراضيا. ثم إن قوله ع إن كان يزيد و ينقص فى الرواية الأولى يحتمل أن يراد به الزيادة و النقيصة فى هذا المقدار المندر فى شخص المعاملة بمعنى زيادة مجموع ما أندر لمجموع الزقاق أو نقصانه عنه أو بمعنى أنه يزيد فى بعض الزقاق و ينقص فى بعض آخر أو أن يراد به الزيادة و النقيصة فى نوع المقدار المندر فى نوع هذه المعاملة بحيث قد يتفق فى بعض المعاملات الزيادة و فى بعض أخرى النقيصة و هذا هو الذى فهمه فى النهاية حيث اعتبر أن يكون ما يندر للظروف مما يزيد تارة و ينقص أخرى و نحوه فى الوسيلة. و يشهد للاحتمال الأول رجوع ضمير يزيد و ينقص إلى مجموع النقصان المحسوب لمكان الزقاق و للثانى عطف النقيصة على الزيادة بالواو الظاهر فى اجتماع نفس المتعاطفين لا احتمالها و للثالث ما ورد فى بعض الروايات من أنه: ربما يشترى الطعام من أهل السفينة ثم يكيله فيزيد قال ع و ربما نقص قلت و ربما نقص قال فإذا نقص يردون عليكم قلت لا قال لا بأس. فيكون معنى الرواية أنه إذا كان الذى يحسب لكم زائدا مرة و ناقصا أخرى فلا بأس بما يحسب و إن بلغ ما بلغ و إن زاد دائما فلا- يجوز إلا- بهبة أو إبراء من الثمن أو مع التراضى بناء على عدم توقف الشق الأول عليه و وقوع المحاسبة من السمسار بمقتضى العادة من غير اطلاع صاحب الزيت و كيف كان فالذى يقوى فى النظر و هو المشهور بين المتأخرين جواز إندار ما يحتمل الزيادة و النقيصة لأصالة عدم زيادة المبيع عليه و عدم استحقاق البائع أزيد مما يعطيه المشترى من الثمن لكن العمل بالأصل لا يوجب ذهاب حق أحدهما عند انكشاف الحال و أما مع العلم بالزيادة أو النقيصة فإن كان هنا عادة تقتضيه كان العقد واقعا عليها مع علم المتبايعين بها و لعله مراد من لم يقيده بالعلم و مع الجهل بها أو عدمها فلا يجوز إلا مع التراضى لسقوط حق من له الحق سواء تواطئا على ذلك فى متن العقد بأن قال بعتك ما فى هذه الظروف كل رطل بدرهم على أن يسقط لكل ظرف كذا فهو هبة له أو تراضيا عليه بعده بإسقاط من الذمة أو هبة للعين هذا كله مع قطع النظر عن النصوص و أما مع ملاحظتها فالمعول عليه رواية حنان المتقدمة الظاهرة فى اعتبار الاعتياد من حيث ظهورها فى كون حساب المقدار الخاص متعارفا و اعتبار عدم العلم بزيادة المحسوب عن الظروف بما لا يتسامح به فى بيع كل مظروف بحسب حاله

و كان الشيخ رحمه الله فى النهاية فهم ذلك من الرواية فعبر بمضمونها كما هو دأبه فى ذلك الكتاب و حيث إن ظاهر الرواية جواز الاندار واقعا بمعنى عدم وقوعه مراعى بانكشاف الزيادة أو النقيصة علمنا بها كذلك فيكون مرجع النهى عن ارتكاب ما علم بزيادته نظير ما ورد من النهى عن الشراء بالموازين الزائدة عما يتسامح به فإن تلك تحتاج إلى هبة جديدة و لا يكفى إقباضها من حيث كونها حقا للمشترى هذا كله مع تعارف إندار ذلك المقدار و عدم العلم بالزيادة و أما مع عدم أحد القيدين فمع الشك فى الزيادة و النقيصة و عدم العادة يجوز الاندار لكن مراعى بعدم انكشاف أحد الأمرين و معها يجوز بناء على انصراف العقد إليها لكن فيه تأمل لو لم يبلغ حدا يكون كالشرط فى ضمن العقد لأن هذا ليس من أفراد المطلق حتى ينصرف بكون العادة صارفة له ثم الظاهر أن الحكم المذكور- غير مختص بظروف السمن و الزيت بل يعم كل ظرف كما هو ظاهر معقد الإجماع المتقدم عن فخر الدين رحمه

الله و عبارة النهاية و الوسيلة و الفاضلين و الشهيدين و المحقق الثانى رحمهم الله جميعا و تؤيده الرواية المتقدمة عن قرب الإسناد لكن لا- يبعد أن يراد بالظروف خصوص الوعاء المتعارف بيع الشيء فيه و عدم تفريغه منه كقوارير الجلاب و العطريات لا مطلق الظرف اللغوى أعنى الوعاء و يحتمل العموم و هو ضعيف. نعم يقوى تعدية الحكم إلى كل مصاحب للمبيع يتعارف بيعه معه كالشمع فى الحلى المصنوعة من الذهب و الفضة و كذا المظروف الذى يقصد ظرفه بالشراء إذا كان وجوده فيه تبعا له كقليل من الدبس فى الزقاق و أما تعدية الحكم إلى كل ما ضم إلى المبيع مما لا يراد بيعه معه فمما لا ينبغى احتماله.

مسألة يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و إن لم يعلم إلا بوزن المجموع

مسألة يجوز بيع المظروف مع ظرفه الموزون معه و إن لم يعلم إلا بوزن المجموع

المكاسب، ج۲، ص ۲۰۸

على المشهور بل لم يوجد قائل بخلافه من الخاصة إلا ما أرسله فى الروضة و نسبه فى التذكرة إلى بعض العامة استنادا إلى أن وزن ما يباع وزنا غير معلوم و الظرف لا يباع وزنا بل لو كان موزونا لم ينفع مع جهالة وزن كل واحد و اختلاف قيمتهما فالغرر الحاصل فى بيع الجزاف حاصل هنا و الذى يقتضيه النظر أما فيما نحن فيه مما جوز شرعا بيعه منفردا عن الظرف مع جهالة وزنه فالقطع بالجواز منضما إذ لم يحصل من الانضمام مانع و لا ارتفع شرط و أما فى غيره من أحد المنضمين الذين لا يكفى فى بيعه منفردا معرفة وزن المجموع فالقطع بالمنع مع لزوم الغرر الشخصى كما لو باع سبيكة من ذهب مردد بين مائة مثقال و ألف مع وصلة من رصاص قد بلغ وزنها ألفى مثقال فإن الإقدام على هذا البيع إقدام على ما فيه خطر يستحق لأجله اللوم من العقلاء و أما مع انتفاء الغرر الشخصى و انحصار المانع فى النص الدال على لزوم الاعتبار بالكيل و الوزن و الإجماع المنعقد على بطلان البيع إذا كان المبيع المجهول المقدار فى المكيل و الموزون فالقطع بالجواز لأن النص و الإجماع إنما دلا على لزوم اعتبار العلم بالمبيع لا على كل جزء منه و لو كان أحد الموزونين يجوز بيعه منفردا مع معرفة وزن المجموع دون الآخر كما لو فرضنا جواز بيع الفضة المحشوة بالشمع و عدم جواز بيع الشمع كذلك فإن فرضنا الشمع تابعا لا تضر جهالته و إلا فلا ثم إن بيع المظروف مع الظرف يتصور على صور إحداها أن يبيعه مع ظرفه بعشرة مثلا فيسقط الثمن على قيمتى كل من المظروف و الظرف لو احتيج إلى التقسيط فإذا قيل قيمة الظرف درهم و قيمة المظروف تسعة كان للظرف عشر الثمن. الثانية أن يبيعه مع ظرفه بكذا على أن كل رطل من المظروف بكذا فيحتاج إلى إندار مقدار للظرف و تكون قيمة المظروف ما بقى بعد ذلك و هذا فى معنى بيع كل منهما منفردا. الثالثة أن يبيعه مع الظرف كل رطل بكذا على أن يكون التسعير للظرف و المظروف و طريقة التقسيط لو احتيج إليه كما فى المسالك أن يوزن الظرف منفردا و ينسب إلى الجملة و يؤخذ له من الثمن بتلك النسبة و تبعه على هذا غير واحد و مقتضاه أنه لو كان الظرف رطلين و المجموع عشرة أخذ له خمس الثمن و الوجه فى ذلك ملاحظة الظرف و المظروف شيئا واحدا حتى أنه يجوز أن يفرض تمام الظرف كسرا مشاعا من المجموع ليساوى ثمنه من المظروف فالمبيع كل رطل من هذا المجموع لا- من المركب من الظرف و المظروف لأنه إذا باع كل رطل من الظرف و المظروف بدرهم مثلا وزع الدرهم على الرطل و المظروف بحسب قيمة مثلهما فإذا كانت قيمة خمس الرطل المذكور الذى هو وزن الظرف الموجود فيه مساوية لقيمة أربعة الأخماس التى هى مقدار المظروف الموجود فكيف يقسط الثمن عليه أخماسا.

[تنبيهات البيع]

مسألة [المعروف استحباب التفقه فى مسائل التجارات

المعروف بين الأصحاب تبعا لظاهر تعبير الشيخ بلفظ ينبغى استحباب التفقه فى مسائل الحلال و الحرام المتعلقة بالتجارات ليعرف

صحيح العقد من فاسده و يسلم من الربا. و عن إيضاح النافع أنه قد يجب و هو ظاهر عبارة الحدائق أيضا و كلام المفيد رحمه الله في المقنعة أيضا لا- يأبى الوجوب لأنه بعد ذكر قوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ و قوله تعالى أَنْفِقُوا مِنْ طَيِّباتِ ما كَسَبْتُمْ وَ مِمَّا أَخْرَجْنا لَكُمْ مِنَ الْأَرْضِ وَ لا تَيَمَّمُوا الْخَبِيثَ مِنْهُ تُنْفِقُونَ قال فندب إلى الإنفاق من طيب الاكتساب و نهى عن طلب الخبيث للمعيشة و الإنفاق فمن لم يعرف فرق ما بين الحلال من المكتسب و الحرام لم يكن مجتنبا للخبيث من الأعمال و لا- كان على ثقة تفقه من طيب الاكتساب و قال تعالى أيضا ذلِكَ بِأَنَّهُمْ قالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبا وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا فينبغي أن يعرف البيع المخالف للربا ليعلم بذلك ما أحل الله و حرم من المتاجر و الاكتساب و جاءت الرواية عن أمير المؤمنين ع أنه كان يقول: من اتجر بغير علم فقد ارتطم في الربا ثم ارتطم ثم قال قال الصادق ع: من أراد التجارة فليتفقه في دينه ليعلم بذلك ما يحل له مما يحرم عليه و من لم يتفقه في دينه ثم اتجر تورط في الشبهات انتهى. أقول ظاهر كلامه رحمه الله الوجوب إلا- أن تعبيره بلفظ ينبغي ربما يدعى ظهوره في الاستحباب. إلا- أن الإنصاف أن ظهوره ليس بحيث يعارض ظهور ما في كلامه في الوجوب من باب المقدمة فإن معرفة الحلال و الحرام واجبة على كل أحد بالنظر إلى ما يبتلى به من الأمور و ليست معرفة جميعها مما يتعلق بالإنسان وجوبها فورا و دفعة بل عند الالتفات إلى احتمال الحرمة في فعل يريد أن يفعله أو عند إرادة الإقدام على أفعال يعلم بوجود الحرام بينها فإنه معاقب على ما يفعله من الحرام لو ترك التعلم و إن لم يلتفت عند فعله إلى احتمال تحريمه فإن التفاته السابق و علمه بعدم خلو ما يريد مزاولتها من الأفعال من الحرام كاف في حسن العقاب و إلا لم يعاقب أكثر الجهال على أكثر المحرمات لأنهم يفعلونها و هم غير ملتفتين إلى احتمال حرمتها عند الارتكاب و لذا أجمعنا على أن الكفار يعاقبون على الفروع. و قد ورد ذم الغافل المقصر في معصيته في غير واحد من الأخبار ثم لو قلنا بعدم العقاب على فعل المحرم الواقعي الذي يفعله من غير شعور كما هو ظاهر جماعة تبعا للأردبيلي رحمه الله من عدم العقاب على الحرام المجهول حرمته عن تقصير لقبح خطاب الغافل فيقبح عقابه لكن وجوب تحصيل العلم و إزالة الجهل واجب على هذا القول كما اعترفوا به. و الحاصل أن التزام عدم عقاب الجاهل المقصر لا على فعل الحرام و لا على ترك التعلم إلا إذا كان حين الفعل ملتفتا إلى احتمال تحريمه لا يوجد له وجه بعد ثبوت أدلة التحريم و وجوب طلب العلم على كل مسلم و عدم تقبيح عقاب من التفت إلى وجود الحرام من أفراد البيع التي يزاولها تدريجا على ارتكاب الحرام في هذا الأثناء و إن لم يلتفت حين إرادة ذلك الحرام ثم إن المقام يزيد على غيره بأن الأصل في المعاملات الفساد فالمكلف إذا أراد التجارة و بنى على التصرف فيما يحصل في يده من أموال الناس على وجه العوضية يحرم عليه ظاهرا الإقدام على كل تصرف منها بمقتضى أصالة عدم انتقالها إليه إلا مع العلم بإمضاء الشارع لتلك المعاملة و يمكن أن يكون في قوله ع:

المكاسب، ج۲، ص ۲۰۹

التاجر فاجر و الفاجر في النار إلا من أخذ الحق و أعطى الحق إشارة إلى هذا المعنى بناء على أن الخارج من العموم ليس إلا من علم بإعطاء الحق و أخذ الحق فوجوب معرفة المعاملة الصحيحة في هذا المقام شرعي لنهي الشارع عن التصرف في مال لم يعلم انتقاله إليه بناء على أصالة عدم انتقاله إليه و في غير هذا المقام عقلي مقدمي لئلا يقع في الحرام و كيف كان فالحكم باستحباب التفقه للتاجر محل نظر بل الأولى وجوبه عليه عقلا و شرعا و إن كان وجوب معرفة باقي المحرمات من باب العقل فقط و يمكن توجيه كلامهم بإرادة التفقه الكامل ليطلع على مسائل الربا الدقيقة و المعاملات الفاسدة كذلك و يطلع على موارد الشبهة و المعاملات غير الواضحة الصحة فيجتنب عنها في العمل فإن قدر الواجب هو معرفة المسائل العامة البلوى لا الفروع الفقهية المذكورة في المعاملات. و يشهد للغاية الأولى قوله ع في مقام تعليل وجوب التفقه: إن الربا أخفى من دبيب النملة على الصفا. و للغاية الثانية قول الصادق ع في الرواية المتقدمة: من لم يتفقه ثم اتجر تورط في الشبهات لكن ظاهر صدره الوجوب فلاحظ. و قد حكى توجيه كلامهم بما ذكرنا عن غير واحد و لا يخلو عن وجه في مقام التوجيه ثم إن التفقه في مسائل التجارة لما كان مطلوبا للتخلص عن المعاملات الفاسدة التي أهمها الربا الجامعة بين أكل المال بالباطل و ارتكاب الموبقة الكذائية لم يعتبر فيه كونه عن اجتهاد بل يكفي فيه التقليد الصحيح فلا تعارض

بين أدلة التفقه هنا و أدلة تحصيل المعاش. نعم ربما أورد في هذا المقام و إن كان خارجا عنه التعارض بين أدلة طلب مطلق العلم الشامل لمعرفة مسائل العبادات و أنواع المعاملات المتوقف على الاجتهاد و بين أدلة طلب الاكتساب و الاشتغال في تحصيل المال لأجل الإنفاق على من ينبغي أن ينفق عليه و ترك إلقاء كله على الناس الموجب لاستحقاق اللعن فإن الأخبار من الطرفين كثيرة يكفي في طلب الاكتساب ما ورد من أن أمير المؤمنين ع قال: أوحى الله تعالى إلى داود يا داود إنك نعم العبد لو لا أنك تأكل من بيت المال و لا تعمل بيدك شيئا [قال فبكى [داود] ع أربعين صباحا [فأوحى الله إلى الحديد أن لن لعبدي داود] فألان الله عز و جل له الحديد فكان يعمل [في كل يوم درعا فيبيعها بألف درهم فعمل ثلاثمائة و ستين درعا فباعها و استغنى عن بيت المال إلى آخر الحديث و ما أرسله في الفقيه عن الصادق ع: ليس منا من ترك دنياه لآخرته أو آخرته لدنياه: العبادة سبعون جزء أفضلها طلب الحلال. و أما الأخبار في طلب العلم و فضله فهي أكثر من أن تذكر و أوضح من أن تحتاج إلى الذكر و ذكر في الحدائق أن الجمع بينهما بأحد الوجهين. أحدهما و هو الأظهر بين علمائنا تخصيص أخبار وجوب طلب الرزق بأخبار وجوب طلب العلم و يقال بوجوب ذلك على غير طالب العلم المستقل تحصيله و استفادته و تعليمه و إفادته قال و بهذا الوجه صرح الشهيد الثاني قدس سره في رسالته المسماة بمنية المريد في آداب المفيد و المستفيد حيث قال في جملة شرائط العلم و أن يتوكل على الله و يفوض أمره إليه و لا يعتمد على الأسباب فيتوكل عليها فيكون وبالا عليه و لا على أحد من خلق الله تعالى بل يلقي مقاليد أمره إلى الله تعالى يظهر له من نفحات قدسه و لحظات أنسه ما به يحصل به مطلوبه و يصلح به مراده. و قد ورد في الحديث عن النبي ص: قد تكفل لطالب العلم برزقه عما ضمنه لغيره بمعنى أن غيره محتاج إلى السعي على الرزق حتى يحصل له و طالب العلم لا يكلف بذلك بل بالطلب و كفاه مئونة الرزق إن أحسن النية و أخلص القربة و عندي في ذلك من الوقائع ما لو جمعته لا يعلمه إلا الله من حسن صنع الله تعالى و جميل ما اشتغلت بالعلم و هو مبادي العشر الثلاثين و تسعمائة إلى يومنا هذا و هو منتصف شهر رمضان سنة ثلاث و خمسين و تسعمائة و بالجملة ليس الخبر كالعيان. و روى شيخنا المقدم محمد بن يعقوب الكليني قدس سره بإسناد إلى الحسين ابن علوان قال: كنا في مجلس نطلب فيه العلم و قد نفدت نفقتي في بعض الأسفار فقال لي بعض أصحابي من تؤمل لما قد نزل بك فقلت فلانا فقال إذا و الله لا تسعف بحاجتك و لا تبلغ أملك و لا تنجح طلبتك قلت و ما علمك رحمك الله قال إن أبا عبد الله

ع حدثني أنه قرأ في بعض الكتب أن الله تبارك و تعالى يقول و عزتي و جلالي و مجدي و ارتفاعي على عرشي لأقطعن أمل كل مؤمل من الناس غيري باليأس و لأكسونه ثوب المذلة عند الناس و لأنحينه من قربي و لأبعدنه من فضلي أ يؤمل غيري في الشدائد و الشدائد بيدي و يرجو غيري و يقرع بالفكر باب غيري و بيدي مفاتيح الأبواب و هي مغلقة و بابي مفتوح لمن دعاني فمن ذا الذي أملني لنوائبه فقطعته دونها و من ذا الذي رجاني لعظيمة فقطعت رجاءه مني جعلت آمال عبادي عندي محفوظة فلم يرضوا بحفظي و ملأت سماواتي ممن لا يمل من تسبيحي و أمرتهم أن لا يغلقوا الأبواب بيني و بين عبادي فلم يثقوا بقولي أ لم يعلم أن من طرقته نائبة من نوائبي أنه لا يملك كشفها أحد غيري إلا من بعد إذني فما لي أراه لاهيا عني أعطيته بجودي ما لم يسألني ثم انتزعته عنه فلم يسألني رده و سأل غيري أ فيراني أبدأ بالعطاء قبل المسألة ثم أسأل فلا أجيب سائلي أ بخيل أنا فيبخلني عبدي أ و ليس الجود و الكرم لي أ و ليس العفو و الرحمة بيدي أ و ليس أنا محل الآمال فمن يقطعها دوني أ فلا يخشى المؤملون أن يؤملوا غيري فلو أن أهل سماواتي و أهل أرضي أملوا جميعا ثم أعطيت كل واحد منهم مثل ما أمل الجميع ما انتقص من ملكي مثل عضو ذرة و كيف ينقص ملك أنا قيمه فيا بؤسا للقانطين من رحمتي و يا بؤسا لمن عصاني و لم يراقبني انتهى الحديث الشريف و انتهى كلام شيخنا الشهيد الثاني رحمه الله. قال في الحدائق و يدل على ذلك بأصرح دلالة ما رواه في الكافي بإسناده إلى أبي إسحاق السبيعي عمن حدثه قال سمعت أمير المؤمنين ع يقول: أيها الناس اعلموا إن كمال الدين طلب العلم و العمل به ألا و إن طلب العلم أوجب عليكم من طلب المال إن المال مقسوم مضمون لكم قد قسمه عادل بينكم و ضمنه لكم و سيفي لكم و العلم مخزون عند أهله و قد أمرتم بطلبه من أهله فاطلبوه إلى آخر الخبر. قال و يؤكد ما رواه في الكافي بسنده

المكاسب، ج۲، ص ۲۱۰

عن أبی جعفر ع قال قال رسول الله ص: يقول الله عز و جل و عزتی و جلالی و عظمتی و كبريائی و نوری و علوی و ارتفاع مكانی [لا يؤثر عبد هواه على هواى إلا شتت عليه أمره و لبست عليه دنياه و شغلت قلبه بها و لم أوته منها إلا ما قدرت له و عزتی و جلالی و عظمتی و نوری و علوی و ارتفاع مكانی لا يؤثر عبد هواى على هواه إلا استحفظته ملائكتی و كفلت السماوات و الأرض رزقه و كنت له من وراء تجارة كل تاجر و أتته الدنيا و هی راغمة إلی آخر الحديث انتهی كلامه.

و أنت خبير بأن ما ذكره من كلام الشهيد الثانی رحمه الله و ما ذكره من الحديث القدسی لا ارتباط له بما ذكر من دفع التنافی بين أدلة الطرفين لأن ما ذكر من التوكل على الله و عدم ربط القلب لغيره لا ينافی الاشتغال بالاكتساب و لذا كان أمير المؤمنين ص و على أخيه و زوجته و ولديه و ذريته جامعا بين أعلى مراتب التوكل و أشد مشاق الاكتساب و هو الاستقاء لحائط اليهودی. و ليس الشهيد أيضا فی مقام إن طلب العلم أفضل من التكسب و إن كان أفضل بل فی مقام إن طالب العلم إذا اشتغل بتحصيل العلم فليكن منقطعا عن الأسباب الظاهرة الموجودة غالبا لطلاب العلوم من الوظائف المستمرة من السلاطين و الحاصلة من الموقوفات للمدارس و أهل العلم و الموجودة الحاصلة غالبا للعلماء و المشتغلين من معاشرة السلطان و أتباعه و المراودة مع التجار و الأغنياء و العلماء الذين لا ينتفع منهم إلا بما فی أيديهم من وجوه الزكوات و رد المظالم و الأخماس و شبه ذلك كما كان متعارفا فی ذاك الزمان بل فی كل زمان فربما جعل الاشتغال بالعلم بنفسه سببا للمعيشة من الجهات التی ذكرناها. و بالجملة فلا شهادة فيما ذكره من كلام الشهيد الثانی رحمه الله من أوله إلی آخره و ما أضاف إليه من الروايات فی الجمع المذكور أعنی تخصيص أدلة طلب الحلال بغير طالب العلم ثم إنه لا إشكال فی أن كلا من طلب العلم و طلب الرزق ينقسم إلی الأحكام الأربعة أو الخمسة و لا ريب أن المستحب من أحدهما لا يزاحم الواجب و لا الواجب الكفائی الواجب العينی و لا إشكال أيضا فی أن الأهم من الواجبين المعينين مقدم على غيره و كذا الحكم فی الواجبين الكفائيين مع ظن قيام الغير به و قد يكون كسب الكاسب مقدمة لاشتغال غيره بالعلم فيجب أو يستحب مقدمة ۲۸۷ بقی الكلام فی المستحب من الأمرين عند فرض عدم إمكان الجمع بينهما و لا ريب فی تفاوت الحكم بالترجيح باختلاف الفوائد المترتبة على الأمرين فرب من لا يحصل له باشتغاله بالعلم إلا شیء قليل لا يترتب عليه كثير فائدة و يترتب على اشتغاله بالتجارة فوائد كثيرة منها تكفل أحوال المشتغلين من ماله أو مال أقرانه من التجار المخالطين معه على وجه الصلة أو الصدقة الواجبة و المستحبة فيحصل بذلك ثواب الصدقة و ثواب الإعانة الواجبة أو المستحبة على تحصيل العلم و رب من يحصل بالاشتغال مرتبة عالية من العلم يحيی بها فنون علم الدين فلا يحصل له من كسبه إلا قليل من الرزق فإنه لا إشكال فی أن اشتغاله بالعلم و الأكل من وجوه الصدقات أرجح. و ما ذكر من حديث داود على نبينا و آله و عليه السلام فإنما هو لعدم مزاحمة اشتغاله بالكسب لشیء من وظائف النبوة و الرئاسة العلمية. و بالجملة فطلب كل من العلم و الرزق إذا لوحظ المستحب منهما من حيث النفع العائد إلی نفس الطالب كان طلب العلم أرجح و إذا لوحظ من جهة النفع الواصل إلی الغير كان اللازم ملاحظة مقدار النفع الواصل فتثبت من ذلك كله أن تزاحم هذين المستحبين كتزاحم سائر المستحبات المتنافية كالاشتغال بالاكتساب أو طلب العلم غير الواجبين مع المسير إلی الحج المستحب أو إلی مشاهد الأئمة [صلوات الله و سلامه عليهم أجمعين أو مع السعی فی قضاء حوائج الإخوان الذی لا يجامع طلب العلم أو المال الحلال إلی غير ذلك مما لا يحصی.

مسألة لا خلاف فی مرجوحية تلقی الركبان بالشروط الآتية و اختلفوا فی حرمته و كراهته.

فعن التقی و القاضی و الحلی و العلامة فی المنتهی الحرمة و هو المحكی عن ظاهر الدروس و حواشی المحقق الثانی و عن الشيخ و ابن زهرة لا يجوز و أول فی المختلف عبارة الشيخ بالكراهة و هی أی الكراهة مذهب الأكثر بل عن إيضاح النافع أن الشيخ ادعی الإجماع على عدم التحريم و عن نهاية الأحكام تلقی الركبان مكروه عند أكثر علمائنا و ليس حراما إجماعا. و مستند التحريم ظواهر

الأخبار. منها عن منهال القصاب قال قال أبو عبد الله ع: لا تلق فإن رسول الله ص نهى عن التلقى قال و ما حد التلقى قال ما دون غدوة أو روحه قلت و كم الغدوة و الروحة قال أربعة فراسخ قال ابن أبى عمير و ما فوق ذلك فليس بتلق و فى خبر عروة عن أبى جعفر ع قال قال رسول الله ص: لا يتلقى أحدكم تجارة خارجا من المصر و لا يبيع حاضر لباد و المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض و فى رواية أخرى: لا تلق و لا تشتر ما تلقى و لا تأكل منه. و ظاهر النهى عن الأكل كونه لفساد المعاملة فيكون أكلا بالباطل و لم يقل به إلا الإسكافى. و عن ظاهر المنتهى الاتفاق على خلافه فتكون الرواية مع ضعفها مخالفة لعمل الأصحاب فتقصر عن إفادة الحرمة و الفساد. نعم لا بأس بحملها على الكراهة لو وجد القول بكراهة الأكل مما يشترى من المتلقى و لا بأس به حسما لمادة التلقى. و مما ذكرنا يعلم أن النهى فى سائر الأخبار أيضا محمول على الكراهة لموافقته للأصل مع ضعف الخبر و مخالفته للمشهور ثم إن حد التلقى أربعة فراسخ كما فى كلام بعض و الظاهر أن مرادهم خروج الحد عن المحدود لأن الظاهر زوال المرجوحية إذا كان أربعة فراسخ و قد تبعوا بذلك مرسلة الفقيه. و روى أن حد التلقى روحه فإذا صار إلى أربعة فراسخ فهو جلب فإن الجمع بين صدرها و ذيلها لا يكون إلا بإرادة خروج الحد عن المحدود كما أن ما فى الرواية السابقة أن حده ما دون غدوة أو روحه محمول على دخول الحد فى المحدود لكن قال فى المنتهى حد علماؤنا التلقى بأربعة فراسخ فكرهوا التلقى إلى ذلك الحد فإن زاد على ذلك كان تجارة و جلبا و هو ظاهر لأن بمضيه و رجوعه يكون مسافرا يجب عليه القصر فيكون سفرا حقيقيا إلى أن قال و لا يعرف بين علمائنا خلاف فيه انتهى. و التعليل بحصول السفر الحقيقى يدل على مسامحة فى التعبير و لعل الوجه فى التحديد بالأربعة أن الوصول على الأربعة

المكاسب، ج۲، ص ۲۱۱

بلا زيادة و لا نقيصة نادر فلا يصلح أن يكون ضابطا لرفع الكراهة إذ لا يقال إنه وصل إلى الأربعة إذا تجاوز عنها و لو يسيرا فالظاهر أنه لا إشكال فى أصل الحكم و إن وقع اختلاف فى التعبير فى النصوص و الفتاوى ثم إنه لا إشكال فى اعتبار القصد إذ بدونه لا يصدق عنوان التلقى فلو تلقى الركب فى طريقه ذاهبا أو جائيا لم يكره المعاملة معهم و كذا فى اعتبار قصد المعاملة من المتلقى فلا يكره لغرض آخر و لو اتفقت المعاملة قيل ظاهر التعليل فى رواية عروة المتقدمة اعتبار جهل الركب بسعر البلد. و فيه أنه مبنى على عدم اختصاص القيد بالحكم الأخير فيحتمل أن تكون العلة فى كراهة التلقى مسامحة الركب فى الميزان بما لا يتسامح به المتلقى أو مظنة حبس المتلقين ما اشتروه أو ادخاره عن أعين الناس و بيعه تدريجا بخلاف ما إذا أتى الركب و طرحوا أمتعتهم فى الخانات و الأسواق فإن له أثرا بينا فى امتلاء أعين الناس خصوصا الفقراء فى وقت الغلاء إذا أتى بالطعام و كيف كان فاشتراط الكراهة بجهلهم بسعر البلد محل مناقشة ثم إنه لا فرق بين أخذ المتلقى بصيغة البيع أو الصلح أو غيرهما. نعم لا بأس باستيهابهم و لو بإهداء شىء إليهم و لو تلقاهم لمعاملات أخر غير شراء متاعهم فظاهر الروايات عدم المرجوحية. نعم لو جعلنا المناط ما يقرب من قوله ص: المسلمون يرزق الله بعضهم من بعض قوى سراية الحكم إلى بيع شىء منهم و إيجارهم المساكن و الخانات كما أنه إذا جعلنا المناط فى الكراهة كراهة غبن الجاهل كما يدل عليه النبوى العامى: لا تلقوا الجلب فمن تلقى و اشترى منه فإذا أتى السوق فهو بالخيار قوى سراية الحكم إلى كل معاملة توجب غبنهم كالبيع و الشراء منهم متلقيا و شبه ذلك لكن الأظهر هو الأول و كيف كان فإذا فرض جهلهم بالسعر و ثبت لهم الغبن الفاحش كان لهم الخيار. و قد يحكى عن الحلى ثبوت الخيار و إن لم يكن غبن و لعله لإطلاق النبوى المتقدم المحمول على صورة تبين الغبن بدخول السوق و الاطلاع على القيمة و اختلفوا فى كون هذا الخيار على الفور أو التراخى على قولين سيجىء ذكر الأقوى منهما فى مسألة خيار الغبن إن شاء الله.

مسألة يحرم النجش على المشهور

كما فى الحدائق بل عن المنتهى و جامع المقاصد أنه محرم إجماعا لرواية ابن سنان عن أبى عبد الله ع قال قال رسول الله ص: الواشمة و المتوشمة و الناجش و المنجوش ملعونون على لسان محمد ص و فى النبوى المحكى عن معانى الأخبار: لا تناجشوا و لا تدابروا قال

و معناه أن يزيد الرجل فى ثمن السلعة و هو لا يريد شراءها و لكن ليسمعه غيره فيزيد لزيادته و الناجش الخائن. و [أما] التدابر [فالمصارمة و] الهجران [مأخوذ من أن يولى الرجل صاحبه دبره و يعرض عنه بوجهه انتهى كلام الصدوق. و الظاهر أن المراد بزيادة الناجش مؤاطاة البائع المنجوش له.

مسألة إذا دفع إنسان إلى غيره مالا ليصرفه فى قبيل يكون المدفوع إليه منهم

و لم يحصل للمدفوع إليه ولاية على ذلك المال من دون الدافع كما الإمام أورد المظالم المدفوع إلى الحاكم فله صور إحداها أن تظهر قرينة على عدم جواز رضاه بالأخذ منه كما إذا عين له منه مقدارا قبل الدفع أو بعده و لا إشكال فى عدم الجواز لحرمة التصرف فى مال الناس على غير الوجه المأذون فيه الثانية أن تظهر قرينة حالية أو مقالية على جواز أخذه منه مقدارا مساويا لما يدفع إلى غيره أو أنقص أو أزيد و لا إشكال فى الجواز حينئذ إلا أنه قد يشكل الأمر فيما لو اختلف مقدار المدفوع إلى الأصناف المختلفة كأن عين للمجتهدين مقدارا و للمشتغلين مقدارا و اعتقد الدافع عنوانا يخالف معتقد المدفوع إليه. و التحقيق هذا مراعاة معتقد المدفوع إليه إن كان عنوان الصنف على وجه الموضوعية كأن يقول ادفع إلى كل مشتغل كذا و إلى كل مجتهد كذا و خذ أنت ما يخصك و إن كان على وجه الداعى بأن كان الصنف داعيا إلى تعيين ذلك المقدار كان المتبع اعتقاد الدافع لأن الداعى إنما يتفرع على الاعتقاد لا الواقع. الثالثة أن لا تقوم قرينة على أحد الأمرين و يطلق المتكلم و قد اختلف كلماتهم فيها بل كلمات واحد منهم فالمحكى عن وكالة المبسوط و زكاة السرائر [و الشرائع و التحرير و الإرشاد و المسالك و الكفاية] و مكاسب النافع و كشف الرموز و المختلف و التذكرة و جامع المقاصد تحريم الأخذ مطلقا و عن النهاية و مكاسب السرائر و الشرائع و التحرير و الإرشاد و المسالك و الكفاية أنه يجوز له الأخذ منه إن أطلق من دون زيادة على غيره و نسبه فى الدروس إلى الأكثر و فى الحدائق إلى المشهور و فى المسالك هكذا شرط كل من سوغ له الأخذ و عن نهاية الأحكام و التنقيح و المهذب البارع و المقنعة الاقتصار على نقل القولين و عن المهذب البارع حكاية التفصيل بالجواز إن كانت الصيغة بلفظ ضعه فيهم أو ما أدى معناه و المنع إن كانت بلفظ ادفعه و عن التنقيح عن بعض الفضلاء أنه إن قال هو للفقراء جاز و إن قال أعطه للفقراء فإن علم فقره لم يجز إذ لو أراده لخصه و إن لم يعلم جاز. احتج القائل بالتحريم مضافا إلى ظهور اللفظ فى مغايرة المأمور بالدفع للمدفوع إليهم المؤيد بما قالوه فمن وكلته امرأة أن يزوجها من شخص فزوجها من نفسه أو وكله فى شراء شيء فأعطاه من عنده بمصححة ابن الحجاج المسندة فى التحرير إلى مولانا الصادق ع و إن أضمرت فى غيره قال: سألته عن رجل أعطاه رجل مالا ليقسمه فى محاويج أو فى مساكين و هو محتاج أ يأخذ منه لنفسه و لا يعلمه قال لا يأخذ منه شيئا حتى يأذن له صاحبه و احتج المجوزون بأن العنوان المدفوع إليه شامل له و الفرض الدفع إلى هذا العنوان من غير ملاحظة لخصوصية فى الغير و اللفظ و إن سلم عدم شموله له لغة إلا أن المنساق عرفا صرفه إلى كل من اتصف بهذا العنوان فالعنوان موضوع لجواز الدفع يحمل عليه الجواز. نعم لو كان المدفوع إليهم أشخاصا خاصة و كان الداعى على الدفع اتصافهم بذلك الوصف لم يشمل المأمور و الرواية معارضة بروايات أخر مثل ما فى الكافى فى الصحيح عن سعد بن يسار قال: قلت لأبى عبد الله ع الرجل يعطى الزكاة فيقسمها فى أصحابه أ يأخذ منها شيئا قال نعم و عن الحسين بن عثمان فى الصحيح أو الحسن بابن هاشم [عن أبى إبراهيم ع : فى رجل أعطى مالا يفرقه فيمن يحل له أ له أن يأخذ منه شيئا لنفسه و إن لم يسم له قال يأخذ منه لنفسه مثل ما يعطى غيره و صحيحة ابن الحجاج قال: سألت أبا الحسن ع

المكاسب، ج۲، ص ۲۱۲

عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسمها و يضعها فى مواضعها و هو ممن تحل له الصدقة قال لا بأس أن يأخذ لنفسه كما يعطى غيره و لا يجوز له أن يأخذ- إذا أمره أن يضعها فى مواضع مسماة إلا بإذنه و الذى ينبغى أن يقال أما من حيث دلالة اللفظ الدال على الإذن فى الدفع و الصرف فإن المتبع الظهور العرفى و إن كان ظاهرا بحسب الوضع اللغوى فى غيره كما أن الظهور الخارجى الذى

یستفاد من القرائن الخارجیة مقدم على الظهور العرفی الثابت للفظ المجرد من تلك القرائن ثم إن التعبد فی حکم هذه المسألة لا یخلو عن بعد فالأولى حمل الأخبار المجوزة على ما إذا کان غرض المتکلم صرف المدفوع فی العنوان المرسوم له من غیر تعلق الغرض بخصوص فرد دون آخر و حمل الصحیحة السابقة المانعة على ما إذا لم یعلم الأمر فقر المأمور فأمره بالدفع إلى مساکین على وجه تکون المسکنة داعیة إلى الدفع لا موضوعا و لما لم یعلم المسکنة فی المأمور لم یحصل داع على الرضا بوصول شیء من المال إلیه ثم على تقدیر المعارضة فالواجب الرجوع إلى ظاهر اللفظ لأن الشك بعد تکافؤ الأخبار فی الصارف الشرعی عن الظهور العرفی و لو لم یکن للفظ ظهور فالواجب بعد التکافؤ الرجوع إلى المنع إذ لا یجوز التصرف فی مال الغیر إلا بإذن من المالك أو الشارع.

مسألة احتکار الطعام

اشارة

و هو کما فی الصحاح و عن المصباح جمع الطعام و حبسه یتربص به الغلاء لا خلاف فی مرجوحیته. و قد اختلف فی حرمته فعن المبسوط و المقنعة و الحلبی فی کتاب المکاسب و الشرائع و المختلف الکراهة و عن کتب الصدوق و الاستبصار و السرائر و القاضی و التذکرة و التحریر و الإیضاح و الدروس و جامع المقاصد و الروضة التحریم. و عن التنقیح و المیسیة تقویته.

و هو الأقوى بشرط عدم باذل الکفایة لصحیحة سالم الحناط قال: قال لی أبو عبد الله ع ما عملك قلت حناط و ربما قدمت على نفاق و ربما قدمت على کساد فحبست قال فما یقول من قبلك فیه قلت یقولون محتکر فقال یبیعه أحد غیرك قلت ما أبیع أنا من ألف جزء جزء قال لا بأس إنما کان ذلك رجل من قریش یقال له حکیم بن حزام و کان إذا دخل الطعام المدینة اشتراه کله فمر علیه النبی ص فقال له یا حکیم بن حزام إیاك أن تحتکر فإن الظاهر منها أن علیه عدم البأس وجود الباذل فلولاه حرم. و صحیحة الحلبی عن أبی عبد الله ع: أنه سئل عن الحکرة فقال إنما الحکرة أن تشتری طعاما و لیس فی المصر غیره فتحتکره فإن کان فی المصر طعام أو متاع یباع غیره فلا بأس أن تلتمس بسلعتك الفضل و زاد فی الصحیحة المحکیة عن الکافی و التهذیب قال: و سألته عن الزیت فقال إن کان عند غیرك فلا بأس بإمساکه و عن أمیر المؤمنین ع فی نهج البلاغة: فی کتابه إلى مالك الأشتر فامنع من الاحتکار فإن رسول الله ص منع منه و لیکن البیع بیعا سمحا بموازین عدل و أسعار لا نجحف بالفریقین من البائع و المبتاع فمن قارف حکرة بعد نهیك إیاه فنکل به و عاقبة فی غیر إسراف و صحیحة الحلبی قال: سألته عن الرجل یحتکر الطعام و یتربص به هل یصلح ذلك قال إن کان الطعام کثیرا یسع الناس فلا بأس به و إن کان الطعام قلیلا لا یسع الناس فإنه یکره أن یحتکر الطعام و یترك الناس لیس لهم طعام فإن الکراهة فی کلامهم ع و إن کانت تستعمل فی المکروه و الحرام إلا أن فی تقییدها بصورة عدم باذل غیره مع ما دل على کراهة الاحتکار مطلقا قرینة على إرادة التحریم و حملها على تأکد الکراهة أیضا مخالف لظاهر یکره کما لا یخفى. و إن شئت قلت إن المراد بالبأس فی الشرطیة الأولى التحریم لأن الکراهة ثابتة فی هذه الصورة أیضا فالشرطیة الثانیة کالمفهوم لها و یؤید التحریم ما عن المجالس بسنده عن أبی مریم الأنصاری عن أبی جعفر ع قال قال رسول الله ص: أیما رجل اشترى طعاما فحبسه أربعین صباحا یرید به غلاء للمسلمین ثم باعه فتصدق بثمنه لم یکن کفارة لما صنع و فی السند بعض بنی فضال و الظاهر أن الروایة مأخوذة من کتبهم التی قال العسکری ع عند سؤاله عنها: خذوا بما رووا و ذروا ما رأوا ففیه دلیل على اعتبار ما فی کتبهم فیستغنی بذلك عن ملاحظة من قبلهم فی السند. و قد ذکرنا أن هذا الحدیث أولى بالدلالة على عدم وجوب الفحص عما قبل هؤلاء من الإجماع الذی ادعاه الکشی على تصحیح ما یصح عن جماعة. و یؤیده أیضا ما عن الشیخ الجلیل الشیخ ورام أنه أرسل عن النبی ص عن جبرائیل ع قال: اطلعت فی النار فرأیت وادیا فی جهنم یغلی فقلت یا مالك لمن هذا فقال لثلاثة المحتکرین و المدمنین الخمر و القوادین. و مما یؤید التحریم ما دل على وجوب البیع علیه فإن إلزامه بذلك ظاهر فی کون الحبس محرما إذ الإلزام على ترك المکروه خلاف الظاهر و خلاف

قاعدة سلطنة الناس مسلطون على أموالهم-

ثم إن كشف الإبهام عن أطراف المسألة إنما يتم ببيان أمور

الأول في مورد الاحتكار

فإن ظاهر التفسير المتقدم عن أهل اللغة و بعض الأخبار المتقدمة اختصاصه بالطعام. و في رواية غياث بن إبراهيم: ليس الحكرة إلا في الحنطة و الشعير و التمر و الزبيب و السمن.

و عن الفقيه زيادة الزيت. و قد تقدم في بعض الأخبار المتقدمة دخول الزيت أيضا. و في المحكي عن قرب الإسناد برواية أبي البختري عن علي ع قال: ليس الحكرة إلا في الحنطة و الشعير و التمر و الزبيب و السمن و عن الخصال في رواية السكوني عن جعفر بن محمد عن آبائه ع عن النبي ص قال: الحكرة في ستة أشياء في الحنطة و الشعير و التمر و الزيت و السمن و الزبيب ثم إن ثبوته في الغلات الأربع بزيادة السمن لا خلاف فيه ظاهرا. و عن كشف الرموز و ظاهر السرائر دعوى الاتفاق عليه و عن مجمع الفائدة نفي الخلاف فيه و أما الزيت فقد تقدم في غير واحد من الأخبار. و لذا اختاره الصدوق و العلامة في التحرير حيث ذكر أن به رواية حسنة و الشهيدان و المحقق الثاني. و عن الإيضاح أن عليه الفتوى و أما الملح فقد ألحقه بها في المبسوط و الوسيلة و التذكرة و نهاية الأحكام و الدروس و المسالك و لعله لفحوى التعليل الوارد في بعض الأخبار من حاجة الناس إليه.

الثاني [ما هو حد الاحتكار]

روى السكوني عن أبي عبد الله ع: أن الحكرة في الخصب أربعون يوما و في الغلاء و الشدة ثلاثة أيام فما زاد على الأربعين يوما في الخصب فصاحبه ملعون و ما زاد على ثلاثة أيام في العسرة فصاحبه ملعون و يؤيدها ظاهر رواية المجالس المتقدمة.

المكاسب، ج۲، ص ۲۱۳

و حكي عن الشيخ و محكي القاضي و الوسيلة العمل بها. و في الدروس أن الأظهر تحريمه مع حاجة الناس و مظنتها الزيادة على ثلاثة أيام في الغلاء و أربعين في الرخص للرواية انتهى. و أما تحديده بحاجة الناس فهو حسن كما عن المقنعة و غيرها و يظهر من الأخبار المتقدمة. و أما ما ذكره من حمل رواية السكوني عن بيان مظنة الحاجة فهو جيد و منه يظهر عدم دلالتها على التحديد بالعددين تعبدا.

الثالث [عدم حصر الاحتكار في شراء الطعام بل مطلق جمعه و حبسه

مقتضى ما في صحيحة الحلبي المتقدمة في بادئ النظر حصر الاحتكار في شراء الطعام لكن الأقوى التعميم بقرينة تفريع قوله ع فإن كان في المصر طعام و يؤيد ذلك ما تقدم من تفسير الاحتكار في كلام أهل اللغة بمطلق جمع الطعام و حبسه سواء أ كان بالاشتراء أم بالزرع أو الحصاد أو الإحراز إلا أن يراد جمعه في ملكه و يؤيد التعميم تعليل الحكم في بعض الأخبار بأن يترك الناس ليس لهم طعام و عليه فلا فرق بين أن يكون ذلك من زرعه أو من ميراث أو يكون موهوبا له أو كان قد اشتراه لحاجة فانقضت الحاجة و بقي الطعام لا يحتاج إليه المالك فحبسه متربصا للغلاء.

الرابع أقسام حبس الطعام

كثيرة لأن الشخص إما أن يكون قد حصل الطعام لحبسه أو لغرض آخر أو حصل له من دون تحصيل له و الحبس إما أن يراد منه نفس تقليل الطعام إضرارا بالناس فی أنفسهم أو يريد به الغلاء و هو إضرارهم من حيث المال أو يريد به عدم الخسارة من رأس ماله و إن حصل ذلک لغلاء عارضی لا يتضرر به أهل البلد كما قد يتفق ورود عسكر أو زوار فی البلاد و توقفهم يومين أو ثلاثة أيام فتحدث للطعام عزة لا تضر بأكثر أهل البلد و قد يريد بالحبس لغرض آخر المستلزم للغلاء غرضا آخر هذا كله مع حصول الغلاء بحبسه و قد يحبس انتظارا لأيام الغلاء من دون حصول الغلاء بحبسه بل لقلة الطعام فی آخر السنة أو لورود عسكر أو زوار ينفد الطعام ثم حبسه لانتظار أيام الغلاء قد يكون للبيع بأزيد من قيمة الحال و قد يكون لحب إعانة المضطرين و لو بالبيع عليهم و الإرفاق بهم ثم حاجة الناس قد تكون لأكلهم و قد تكون للبذر أو لعلف الدواب أو للاسترباح بالثمن. و عليک باستخراج هذه الأقسام و تمييز المباح و المكروه و المستحب من الحرام.

الخامس الظاهر عدم الخلاف كما قيل فی إجبار المحتكر على البيع

حتى على القول بالكراهة بل عن المهذب البارع الإجماع عليه.

و عن التنقيح كما فی الحدائق عدم الخلاف فيه و هو الدليل المخرج عن قاعدة عدم جواز الإجبار لغير الواجب و لذا ذكرنا أن ظاهر أدلة الإجبار تدل على التحريم لأن إلزام غير اللازم خلاف القاعدة. نعم لا يسعر عليه إجماعا كما عن السرائر و زاد وجود الأخبار المتواترة و عن المبسوط عدم الخلاف فيه لكن عن المقنعة أنه يسعر عليه بما يراه الحاكم و عن جماعة منهم العلامة و ولده و الشهيد أنه يسعر عليه إن أجحف بالثمن لنفی الضرر و عن الميسی و الشهيد الثانی أنه يؤمر بالنزول من دون تسعير جمعا بين النهی عن التسعير و الجبر بنفی الإضرار.

خاتمة و من أهم آداب التجارة الإجمال فی الطلب و الاقتصاد فيه.

ففی مرسلة ابن فضال عن رجل عن أبی عبد الله ع: ليكن طلبک للمعيشة فوق كسب المضيع و دون طلب الحريص الراضی بدنياه المطمئن إليها و لكن أنزل نفسک من ذلک منزلة المنصف المتعفف ترفع نفسک عن منزلة الواهن الضعيف و تكسب ما لا ـ بد للمؤمن منه إن الذين أعطوا المال ثم لم يشكروا لا ـ مال لهم و فی صحيحة الثمالی عن أبی جعفر ع قال قال رسول الله ص فی حجة الوداع: ألا ـ أن الروح الأمين نفث فی روعی أنه لا ـ تموت نفس حتى تستكمل رزقها فاتقوا الله عز و جل و أجملوا فی الطلب و لا يحملنكم استبطاء شیء من الرزق أن تطلبوه بشیء من معصية الله فإن الله تبارک و تعالى قسم الأرزاق بين خلقه حلالا و لم يقسمها حراما فمن اتقى الله عز و جل و صبر آتاه الله برزقه من حله و من هتک حجاب الستر و عجل فأخذه من غير حله قص به من رزقه الحلال و حوسب عليه يوم القيامة. و عن أبی عبد الله ع قال كان أمير المؤمنين ع كثيرا ما يقول: اعلموا علما يقينا أن الله عز و جل لم يجعل للعبد و إن اشتد جهده و عظمت حيلته و كثرت مكابدته أن يسبق ما سمى له فی الذكر الحكيم و لم يحل من العبد فی ضعفه و قلة حيلته أن يبلغ ما سمى له فی الذكر الحكيم أيها الناس إنه لن يزداد امرأ نقيرا بحذقه و لم ينتقص امرأ نقيرا لحمقه فالعالم لهذا العامل به أعظم الناس راحة فی منفعته و العالم لهذا التارک له أعظم الناس شغلا فی مضرته و رب منعم عليه مستدرج بالإحسان إليه و رب مغرور فی الناس مصنوع له فأفق أيها الساعی من سعيک و قصر من عجلتک و انتبه من سنة غفلتک و تفكر فيما جاء عن الله عز و جل على لسان نبيه ص و عن عبد الله بن سليمان قال سمعت أبا عبد الله ع يقول: إن الله عز و جل وسع فی أرزاق الحمقى ليعتبر

العقلاء و يعلموا أن الدنيا ليس ينال ما فيها بعمل و لا حيلة و فى مرفوعة سهل بن زياد أنه قال قال أمير المؤمنين ع: كم من متعب نفسه مقتر عليه و مقتصد فى الطلب قد ساعدته المقادير و فى رواية على بن عبد العزيز قال: قال لى أبو عبد الله ع ما فعل عمر بن مسلم قلت جعلت فداك أقبل على العبادة و ترك التجارة فقال ويحه أ ما علم أن تارك الطلب لا يستجاب له إن قوما من أصحاب رسول الله ص لما نزلت وَ مَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجاً وَ يَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لا يَحْتَسِبُ أغلقوا الأبواب و أقبلوا على العبادة و قالوا قد كفينا فبلغ ذلك النبى ص فأرسل إليهم فقال ما حملكم على ما صنعتم قالوا يا رسول الله تكفل لنا بأرزاقنا فأقبلنا على العبادة فقال إنه من فعل ذلك لم يستجب له عليكم بالطلب و قد تقدم فى رواية أنه: ليس منا من ترك آخرته لدنياه و لا من ترك دنياه لآخرته.

و تقدم أيضا حديث داود على نبينا و آله و عليه السلام و على جميع أنبيائه الصلاة و السلام. بعد الحمد لله الملك العلام على ما أنعم علينا بالنعم الجسام التى من أعظمها الاشتغال بمطالعة و كتابة كلمات أوليائه الكرام التى هى مصابيح الظلام للخاص و العام

المكاسب، ج۳، ص ۲۱۴

الجزء الثالث

الخيارات

اشارة

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين و الصلاة و السلام على محمد و آله الطاهرين و لعنة الله على أعدائهم أجمعين. القول فى الخيار و أقسامه و أحكامه

مقدمتان

الأولى [فى معنى الخيار لغة و اصطلاحا]

الخيار لغة اسم مصدر من الاختيار- غلب فى كلمات جماعة من المتأخرين فى ملك فسخ العقد على ما فسره به فى موضع من الإيضاح- فيدخل ملك الفسخ فى العقود الجائزة و فى عقد الفضولى و ملك الوارث رد العقد على ما زاد على الثلث و ملك العمة و الخالة لفسخ العقد على بنت الأخ و الأخت و ملك الأمة المزوجة من عبد فسخ العقد إذا أعتقت و ملك كل من الزوجين للفسخ بالعيوب- و لعل التعبير بالملك للتنبيه على أن الخيار من الحقوق لا من الأحكام فيخرج ما كان من قبيل الإجازة و الرد لعقد الفضولى و التسلط على فسخ العقود الجائزة فإن ذلك من الأحكام الشرعية لا من الحقوق و لذا لا تورث و لا تسقط بالإسقاط و قد يعرف بأنه ملك إقرار العقد و إزالته و يمكن الخدشة فيه بأنه إن أريد من إقرار العقد إبقاؤه على حاله بترك الفسخ فذكره مستدرك لأن القدرة على الفسخ عين القدرة على تركه إذ القدرة لا تتعلق بأحد الطرفين و إن أريد منه إلزام العقد و جعله غير قابل لأن يفسخ. ففيه أن مرجعه إلى إسقاط حق الخيار فلا يؤخذ فى تعريف نفس الخيار مع أن ظاهر الإلزام فى مقابل الفسخ جعله لازما مطلقا فينتقض بالخيار المشترك فإن لكل منهما إلزامه من طرفه لا- مطلقا ثم إن ما ذكرناه من معنى الخيار- هو المتبادر منه عرفا عند الإطلاق فى كلمات المتأخرين و إلا فإطلاقه فى الأخبار و كلمات الأصحاب على سلطنة الإجازة و الرد لعقد الفضولى و سلطنة الرجوع فى الهبة و غيرهما من أفراد السلطنة شائع.

الثانية [الأصل فى البيع اللزوم]

اشارة

ذكر غير واحد تبعا للعلامة في كتبه- أن الأصل في البيع اللزوم. قال في التذكرة الأصل في البيع اللزوم لأن الشارع وضعه مفيدا لنقل الملك و الأصل الاستصحاب و الغرض تمكن كل من المتعاقدين من التصرف فيما صار إليه و إنما يتم باللزوم ليأمن من نقض صاحبه عليه انتهى.

أقول المستفاد من كلمات جماعة أن الأصل هنا قابل لإرادة معان

الأول الراجح

احتمله في جامع المقاصد- مستندا في تصحيحه إلى الغلبة. و فيه أنه إن أراد غلبة الأفراد فغالبها ينعقد جائزا لأجل خيار المجلس أو الحيوان أو الشرط- و إن أراد غلبة الأزمان فهي لا تنفع في الأفراد المشكوكة- مع أنه لا يناسب ما في القواعد من قوله و إنما يخرج من الأصل لأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب.

الثاني القاعدة المستفادة من العمومات

التي يجب الرجوع إليها عند الشك في الأفراد أو بعض الأحوال و هذا حسن لكن لا يناسب ما ذكره في التذكرة في توجيه الأصل- .

الثالث الاستصحاب

و مرجعه إلى أصالة عدم ارتفاع أثر العقد بمجرد فسخ أحدهما و هذا حسن.

الرابع المعنى اللغوي

بمعنى أن وضع البيع و بناءه عرفا و شرعا على اللزوم و صيرورة المالك الأول كالأجنبي و إنما جعل الخيار فيه حقا خارجيا لأحدهما أو لهما يسقط بالإسقاط و بغيره و ليس البيع كالهبة التي حكم الشارع فيها بجواز رجوع الواهب بمعنى كونه حكما شرعيا له أصلا و بالذات بحيث لا يقبل الإسقاط و من هنا ظهر أن ثبوت خيار المجلس في أول أزمنة انعقاد البيع لا ينافي كونه في حد ذاته مبنيا على اللزوم لأن الخيار حق خارجي قابل للانفكاك. نعم لو كان في أول انعقاده محكوما شرعا بجواز الرجوع بحيث يكون حكما فيه لاحقا مجعولا- قابلا للسقوط كان منافيا لبنائه على اللزوم فالأصل هنا كما قيل نظير قولهم إن الأصل في الجسم الاستدارة فإنه لا ينافي كون أكثر الأجسام على غير الاستدارة لأجل القاسر الخارجي و مما ذكرنا ظهر وجه النظر في كلام صاحب الوافية حيث أنكر هذا الأصل لأجل خيار المجلس إلا أن يريد أن الأصل بعد ثبوت خيار المجلس بقاء عدم اللزوم و سيأتي ما فيه

بقي الكلام في معنى قول العلامة في القواعد و التذكرة إنه لا يخرج من هذا الأصل إلا بأمرين ثبوت خيار أو ظهور عيب فإن ظاهره أن ظهور العيب سبب لتزلزل البيع في مقابل الخيار مع أنه من أسباب الخيار و توجيهه بعطف الخاص على العام كما في جامع المقاصد غير ظاهر إذ لم يعطف العيب على أسباب الخيار بل عطف على نفسه و هو مباين له لا- أعم. نعم قد يساعد عليه ما في التذكرة من قوله و إنما يجزع عن الأصل بأمرين أحدهما ثبوت الخيار لهما أو لأحدهما من غير نقص في أحد العوضين بل للتروي خاصة. و الثاني ظهور عيب في أحد العوضين انتهى. و حاصل التوجيه على هذا أن الخروج عن اللزوم لا يكون إلا بتزلزل

المكاسب، ج۳، ص ۲۱۵

العقد لأجل الخيار و المراد بالخيار فی المعطوف علیه ما کان ثابتا بأصل الشرع أو بجعل المتعاقدین لا ـ لاقتضاء نقص فی أحد العوضین و بظهور العیب ما کان الخیار لنقص أحد العوضین لکنه مع عدم تمامه تکلف فی عبارة القواعد مع أنه فی التذکرة ذکر فی الأمر الأول الذی هو الخیار فصولا سبعة بعدد أسباب الخیار و جعل السابع منها خیار العیب و تکلم فیه کثیرا و مقتضی التوجیه أن یتکلم فی الأمر الأول فیما عدا خیار العیب و یمکن توجیه ذلک بأن العیب سبب مستقل لتزلزل العقد فی مقابل الخیار فإن نفس ثبوت الأرش بمقتضی العیب و إن لم یثبت خیار الفسخ موجب لاسترداد جزء من الثمن فالعقد بالنسبة إلی جزء من الثمن متزلزل قابل لإبقائه فی ملک البائع و إخراجه عنه و یکفی فی تزلزل العقد ملک إخراج جزء مما ملکه البائع بالعقد عن ملکه. و إن شئت قلت إن مرجع ذلک إلی ملک فسخ العقد الواقع علی مجموع العوضین من حیث المجموع و نقض مقتضاه من تملک کل من مجموع العوضین فی مقابل الآخر لکنه مبنی علی کون الأرش جزء حقیقیا من الثمن کما عن بعض العامة لیتحقق انفساخ العقد بالنسبة إلیه عند استرداده.

و قد صرح العلامة فی کتبه بأنه لا یعتبر فی الأرش کونه جزء من الثمن بل له إبداله لأن الأرش غرامة و حینئذ فثبوت الأرش لا یوجب تزلزلا فی العقد ثم إن الأصل بالمعنی الرابع إنما ینفع مع الشک فی ثبوت خیار فی خصوص البیع لأن الخیار حق خارجی یحتاج ثبوته إلی الدلیل أما لو شک فی عقد آخر من حیث اللزوم و الجواز فلا یقتضی ذلک الأصل لزومه لأن مرجع الشک حینئذ إلی الشک فی الحکم الشرعی. و أما الأصل بالمعنی الأول فقد عرفت عدم تمامیته و أما بمعنی الاستصحاب فیجری فی البیع و غیره إذا شک فی لزومه و جوازه و أما بمعنی القاعدة فیجری فی البیع و غیره لأن أکثر العمومات الدالة علی هذا المطلب یعم غیر البیع

[الأدلة علی أصالة اللزوم]

اشارة

و قد أشرنا فی مسألة المعاطاة إلیها و نذکرها هنا تسهیلا علی الطالب-

فمنها قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

دل علی وجوب الوفاء بکل عقد و المراد بالعقد مطلق العهد کما فسر به فی صحیحة ابن سنان المرویة فی تفسیر علی بن إبراهیم أو ما یسمی عقدا لغة و عرفا. و المراد بوجوب الوفاء العمل بما اقتضاه العقد فی نفسه- بحسب الدلالة اللفظیة نظیر الوفاء بالنذر فإذا دل العقد مثلا علی تملیک العاقد ماله من غیره وجب العمل بما یقتضیه التملیک من ترتیب آثار ملکیة ذلک الغیر له فأخذه من یده بغیر رضاه و التصرف فیه کذلک نقض لمقتضی ذلک العهد فهو حرام فإذا حرم بإطلاق الآیة جمیع ما یکون نقضا لمضمون العقد و منها التصرفات الواقعة بعد فسخ المتصرف من دون رضاء صاحبه کان هذا لازما مساویا للزوم العقد و عدم انفساخه بمجرد فسخ أحدهما فیستدل بالحکم التکلیفی علی الحکم الوضعی أعنی فساد الفسخ من أحدهما بغیر رضا الآخر و هو معنی اللزوم بل قد حقق فی الأصول أن لا ـ معنی للحکم الوضعی إلا ـ ما انتزع من الحکم التکلیفی. و مما ذکرنا ظهر ضعف ما قیل من أن معنی وجوب الوفاء بالعقد العمل بما یقتضیه من لزوم و جواز فلا یتم الاستدلال به علی اللزوم. توضیح الضعف أن اللزوم و الجواز من الأحکام الشرعیة للعقد و لیسا من مقتضیات العقد فی نفسه مع قطع النظر عن حکم الشارع. نعم هذا المعنی أعنی وجوب الوفاء بما یقتضیه العقد فی نفسه یصیر بدلالة الآیة حکما شرعیا للعقد مساویا للزوم و أضعف من ذلک ما نشأ من عدم التفطن لوجه دلالة الآیة علی اللزوم مع الاعتراف بأصل الدلالة لمتابعة المشهور و هو أن المفهوم من الآیة عرفا حکمان تکلیفی و وضعی و قد عرفت أن لیس المستفاد منها إلا حکم واحد تکلیفی یستلزم حکما وضعیا

[الاستدلال بآية أحل الله البيع]

و من ذلك يظهر لك الوجه فى دلالـة قوله تعالى أَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ على اللزوم فإن حليـة البيع التى لا يراد منها إلا حلية جميع التصـرفات المترتب عليه التى منها ما يقع بعد فسخ أحد المتبايعين بغير رضاء الآخر مستلزمة لعدم تأثير ذلك الفسخ و كونه لغوا غير مؤثر

[الاستدلال بآية تجارة عن تراض]

و منه يظهر وجه الاسـتدلال على اللزوم بإطلاـق حليـة أكل المال بالتجارة عن تراض فإنه يـدل على أن التجارة سـبب لحليـة التصـرف بقول مطلق حتى بعد فسخ أحدهما من دون رضاء الآخر فدلالة الآيات الثلاث على أصالة اللزوم على نهج واحد لكن يمكن أن يقال- إنـه إذا كـان المفروض الشـك فى تـأثير الفسـخ فى رفـع الآثـار الثابتـة بإطلاـق الآـيتين الأـخيرتين لـم يمكـن التمسـك فى رفعـه إلا بالاستصحاب و لا ينفع الإطلاق.

و منها قوله تعالى وَ لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ

دل على حرمة الأكل بكل وجه يسـمى باطلا عرفا و موارد ترخيص الشارع ليس من الباطل فإن أكل المارة من ثمرة الأشجار التى تمر بها باطل لو لا إذن الشارع الكاشف عن عـدم بطلانه و كذلك الأخذ بالشـفعة و الخيار فإن رخصة الشارع فى الأخذ بهما يكشف عن ثبوت حق لـذوى الخيار و الشـفعة و ما نحن فيه من هـذا القبيل فإن أخذ مال الغير و تملكه من دون إذن صاحبه باطل عرفا. نعم لو دل الشـارع على جوازه كمـا فى العقود الجـائزة بالـذات أو بالعـارض كشف ذلـك عن حق للفاسـخ متعلق بالعين. و مما ذكرنا يظهر وجه الاستدلال بقوله ص: لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفسه.

و منها قوله: الناس مسلطون على أموالهم

فإن مقتضـى السـلطنة التى أمضاها الشارع أن لا يجوز أخذه من يده و تملكه عليه من دون رضاه و لذا استدل المحقق فى الشرائع على عـدم جواز رجوع المقرض فيما أقرضه بأن فائـدة الملك التسـلط و نحوه العلامـة فى بعض كتبه و الحاصل أن جواز العقد الراجع إلى تسلط الفاسخ على تملك ما انتقل عنه و صار مالا لغيره و أخذه منه بغير رضاه مناف لهذا العموم

و منها قوله: المؤمنون عند شروطهم

و قـد اسـتدل به على اللزوم غير واحد منهم المحقق الأردبيلى قدس سره بناء على أن الشـرط مطلق الإلزام و الالتزام و لو ابتدأ من غير ربط بعقد آخر فإن العقد على هذا شـرط فيجب الوقوف عنده و يحرم التعدى عنه فيدل على اللزوم بالتقريب المتقدم فى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ لكن لا يبعد منع صدق الشرط فى الالتزامات الابتدائية بل المتبادر عرفا

المكاسب، ج۳، ص ۲۱۶

هو الإلـزام التـابع- كمـا يشـهد به موارد اسـتعمال هـذا اللفـظ حتى فى مثـل قوله فى دعـاء التوبـة: و لـك يـا رب شـرطى ألا أعود فى مكروهك و عهدى أن أهجر جميع معاصـيك و قوله فى أول دعاء الندبة: بعد أن شـرطت عليهم الزهد فى درجات هذه الدنيا كما لا يخفى على من تأملها مع أن كلام بعض أهل اللغة على ما ادعينا من الاختصاص ففى القاموس الشـرط إلزام الشىء و التزامه فى البيع و نحوه

و منها الأخبار المستفيضة فی أن البيعين بالخيار ما لم يفترقا

و أنه إذا افترقا وجب البيع و أنه لا خيار لهما بعد الرضا

فهذه جملة من العمومات- الدالة علی لزوم البيع عموما أو خصوصا

[مقتضی الاستصحاب أيضا اللزوم]

و قد عرفت أن ذلک مقتضی الاستصحاب أيضا و ربما يقال إن مقتضی الاستصحاب- عدم انقطاع علاقة المالک عن العين فإن الظاهر من كلماتهم عدم انقطاع علاقة المالک عن العين التی له فيها الرجوع و هذا الاستصحاب حاكم علی الاستصحاب المتقدم المقتضی اللزوم و رد بأنه إن أريد بقاء علاقة الملک أو علاقة يتفرع علی الملک فلا ريب فی زوالها بزوال الملک و إن أريد بها سلطنة إعادة العين فی ملكه فهذه علاقة يستحيل اجتماعها مع الملک و إنما تحدث بعد زوال الملک لدلالة دليل فإذا فقد الدليل فالأصل عدمها و إن أريد بها العلاقة التی كانت فی مجلس البيع فإنها تستصحب عند الشک فيصير الأصل فی البيع بقاء الخيار كما يقال الأصل فی الهبة بقاء جوازها بعد التصرف فی مقابل من جعلها لازمة بالتصرف ففيه مع عدم جريانه فيما لا خيار فيه فی المجلس بل مطلقا بناء علی أن الواجب هنا الرجوع فی زمان الشک إلی عموم أوفوا بالعقود لا الاستصحاب أنه لا يجدی بعد تواتر الأخبار بانقطاع الخيار مع الافتراق فيبقی ذلک الاستصحاب سليما عن الحاكم فتأمل

[ظاهر المختلف أن الأصل عدم اللزوم و المناقشة فيه]

ثم إنه يظهر من المختلف فی مسألة أن المسابقة لازمة أو جائزة أن الأصل عدم اللزوم و لم يرده من تأخر عنه إلا بعموم قوله تعالی أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و لم يكن وجه صحيح لتقرير هذا الأصل. نعم هو حسن فی خصوص المسابقة و شبهه مما لا يتضمن تمليكا أو تسليطا ليكون الأصل بقاء ذلک الأثر و عدم زواله بدون رضا الطرفين

[إذا شک فی عقد أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز]

ثم إن ما ذكرنا من العمومات المثبتة لأصالة اللزوم- إنما هو فی الشک فی حكم الشارع باللزوم و يجری أيضا فيما إذا شک فی عقد خارجی أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز بناء علی أن المرجع فی الفرد المردد بين عناوين العام و المخصص إلی العموم و أما بناء علی خلاف ذلک فالواجب الرجوع عند الشک فی اللزوم إلی الأصل بمعنی استصحاب الأثر و عدم زواله بمجرد فسخ أحد المتعاقدين إلا أن يكون هنا أصل موضوعی يثبت العقد الجائز كما إذا شک فی أن الواقع هبة أو صدقة فإن الأصل عدم قصد القربة فيحكم بالهبة الجائزة لكن الاستصحاب المذكور إنما ينفع فی إثبات صفة اللزوم و أما تعيين العقد اللازم حتی يترتب عليه سائر آثار العقد اللازم كما إذا أريد تعيين البيع عند الشک فيه و فی الهبة فلا بل يرجع فی أثر كل عقد إلی ما يقتضيه الأصل بالنسبة إليه فإذا شک فی اشتغال الذمة بالعوض حكم بالبراءة التی هی من آثار الهبة و إذا شک فی الضمان مع فساد العقد حكم بالضمان لعموم علی اليد إن كان هو المستند فی الضمان بالعقود الفاسدة و إن كان المستند دخوله فی ضمان العين أو قلنا بأن خروج الهبة من ذلک العموم مانع عن الرجوع إليه فيما احتمل كونه مصداقا لها كان الأصل البراءة أيضا

القول فی أقسام الخيار

اشارة

و هی کثیرهٔ إلا أن أکثرها متفرقهٔ و المجتمع منها فی کل کتاب سبعهٔ و قد أنهاها بعضهم إلی أزید من ذلک- حتی أن المذکور فی اللمعهٔ مجتمعا أربعهٔ عشر مع عدم ذکره لبعضها و نحن نقتفی أثر المقتصر علی السبعهٔ کالمحقق و العلامهٔ قدس سرهما لأن ما عداها لا یستحق عنوانا مستقلا إذ لیس له أحکام مغایر لسائر أنواع الخیار فنقول و بالله التوفیق

الأول فی خیار المجلس

اشارة

فالمراد بالمجلس مطلق مکان المتبایعین حین البیع- و إنما عبر بفرده الغالب و إضافهٔ الخیار إلیه لاختصاصه و ارتفاعه بانقضائه الذی هو الافتراق و لا خلاف بین الإمامیهٔ فی ثبوت هذه الخیار و النصوص به مستفیضهٔ- و الموثق الحاکی لقول علی ع: إذا صفق الرجل علی البیع فقد وجب مطروح أو مؤول و لا فرق بین أقسام البیع و أنواع المبیع. نعم سیجیء استثناء بعض أشخاص المبیع کالمنعتق علی المشتری و تنقیح مباحث هذا الخیار و مسقطاته یحصل برسم مسائل

مسألهٔ لا إشکال فی ثبوته للمتبائعین إذا کانا أصیلین و لا فی ثبوته للوکیلین فی الجملهٔ

اشارة

و هل یثبت لهما مطلقا خلاف قال فی التذکرهٔ لو اشتری الوکیل أو باع أو تعاقد الوکیلان تعلق الخیار بهما و بالموکلین مع حضورهما فی المجلس و إلا فبالوکیلین فلو مات الوکیل فی المجلس و الموکل غائب انتقل الخیار إلیه لأن ملکه أقوی من ملک الوارث و للشافعیهٔ قولان أحدهما أنه یتعلق بالموکل و الآخر أنه یتعلق بالوکیل انتهی.

[أقسام الوکیل]

[أن یکون وکیلا فی مجرد إجراء العقد]

أقول و الأولی أن یقال- إن الوکیل إن کان وکیلا فی مجرد إجراء العقد فالظاهر عدم ثبوت الخیار لهما- وفاقا لجماعهٔ منهم المحقق و الشهید الثانیان لأن المتبادر من النص غیرهما و إن عممناه لبعض أفراد الوکیل و لم نقل بما قیل تبعا لجامع المقاصد بانصرافه بحکم الغلبهٔ إلی خصوص العاقد المالک مضافا إلی أن مفاد أدلهٔ الخیار إثبات حق و سلطنهٔ لکل من المتعاقدین علی ما انتقل إلی الآخر بعد الفراغ عن تسلطه علی ما انتقل إلیه فلا یثبت بها هذا التسلط لو لم یکن مفروغا عنه فی الخارج أ لا تری أنه لو شک المشتری فی کون المبیع ممن ینعتق علیه لقرابهٔ أو یجب صرفه لنفقهٔ أو إعتاقه لنذر فلا یمکن الحکم بعدم وجوبه لأدلهٔ الخیار بزعم إثباتها للخیار المستلزم لجواز رده علی البائع و عدم وجوب عتقه هذا مضافا إلی ملاحظهٔ بعض أخبار هذا الخیار المقرون فیه بینه و بین خیار الحیوان الذی لا یرضی الفقیه بالتزام ثبوته للوکیل فی إجراء

المکاسب، ج۳، ص ۲۱۷

الصیغهٔ فإن المقام و إن لم یکن من تعارض المطلق و المقید إلا أن سیاق الجمیع یشهد باتحاد. المراد من لفظ المتبایعین مع أن

ملاحظة حكمة الخيار بتعدى ثبوته للوكيل المذكور مضافا إلى أدلة سائر الخيارات فإن القول بثبوتها لموقع الصيغة لا ينبغى من الفقيه و الظاهر عدم دخوله فى إطلاق العبارة المتقدمة عن التذكرة. فإن الظاهر من قوله اشترى الوكيل أو باع تصرف الوكيل بالبيع و الشراء لا مجرد إيقاع الصيغة و من جميع ذلك يظهر ضعف القول بثبوته للوكيلين المذكورين كما هو ظاهر الحدائق- و أضعف منه تعميم الحكم لصورة منع الموكل من الفسخ بزعم أن الخيار حق ثبت للعاقد بمجرد إجرائه للعقد فلا يبطل بمنع الموكل و على المختار فهل يثبت للموكلين فيه إشكال- من أن الظاهر من البيعين فى النص المتعاقدان فلا يعم الموكلين. و ذكروا أنه لو حلف على عدم البيع لم يحنث ببيع وكيله و من أن الوكيلين فيما نحن فيه كالآلة للمالكين و نسبة الفعل إليهما شائعة و لذا لا يتبادر من قوله باع فلان ملكه الكذائى كونه مباشرا للصيغة و عدم الحنث بمجرد التوكيل فى إجراء الصيغة ممنوع فالأقوى ثبوته لهما و لكن مع حضورهما فى مجلس العقد و المراد به مجلسهما المضاف عرفا إلى العقد فلو جلس هذا فى مكان و ذاك فى مكان آخر فاطلعا على عقد الوكيلين فمجرد ذلك لا يوجب الخيار لهما إلا إذا صدق كون مكانيهما مجلسا لذلك العقد بحيث يكون الوكيلان كلسانى الموكلين و العبرة بافتراق الموكلين عن هذا المجلس لا بالوكيلين هذا كله إن كان وكيلا فى مجرد إيقاع العقد

[أن يكون وكيلا مستقلا فى التصرف المالى]

و إن كان وكيلا فى التصرف المالى كأكثر الوكلاء فإن كان مستقلا فى التصرف فى مال الموكل بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحققها نظير العامل فى القراض و أولياء القاصرين فالظاهر ثبوت الخيار له لعموم النص و دعوى تبادر المالكين ممنوعة خصوصا إذا استندت إلى الغلبة- فإن معاملة الوكلاء و الأولياء لا تحصى و هل يثبت للموكلين أيضا مع حضورهما كما تقدم عن التذكرة إشكال من تبادر المتعاقدين من النص و قد تقدم عدم حنث الحالف على ترك البيع ببيع وكيله و من أن المستفاد من أدلة سائر الخيارات و خيار الحيوان المقرون بهذا الخيار فى بعض النصوص كون الخيار حقا لصاحب المال شرعا إرفاقا له و أن ثبوته للوكيل لكونه نائبا عنه يستلزم ثبوته للمنوب عنه إلا أن يدعى مدخلية المباشرة للعقد فلا يثبت لغير المباشر و لكن الوجه الأخير لا يخلو عن قوة و حينئذ فقد يتحقق فى عقد واحد الخيار لأشخاص كثيرة- من طرف واحد أو من الطرفين فكل من سبق من أهل الطرف الواحد إلى إعماله نفذ و سقط خيار الباقين بلزوم العقد أو بانفساخه و ليس المقام من تقديم الفاسخ على المجيز فإن تلك المسألة فيما إذا ثبت للجانبين و هذا فرض من جانب واحد ثم على المختار من ثبوته للموكلين فهل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد أو عن مجلس العقد أو بتفرق المتعاقدين أو بتفرق الكل فيكفى بقاء أصيل مع وكيل آخر فى مجلس العقد وجوه أقواها الأخير

[أن لا يكون مستقلا فى التصرف]

و إن لم يكن مستقلا فى التصرف فى مال الموكل قبل العقد و بعده بل كان وكيلا فى التصرف على وجه المعاوضة كما إذا قال له اشتر لى عبدا و الظاهر حينئذ عدم الخيار للوكيل لا لانصراف الإطلاق إلى غير ذلك بل لما ذكرنا فى القسم الأول من إطلاق أدلة الخيار مسوق لإفادة سلطنة كل من العاقدين على ما نقله عند الفراغ عن تمكنه من رد ما انتقل إليه فلا تنهض لإثبات هذا التمكن عند الشك فيه و لا- لتخصيص ما دل على سلطنة الموكل على ما انتقل إليه المستلزمة لعدم جواز تصرف الوكيل فيه برده إلى مالكه الأصلى و فى ثبوته للموكلين ما تقدم

[هل للموكل تفويض حق الخيار إلى الوكيل]

و الأقوى اعتبار الافتراق عن مجلس العقد كما عرفت فى سابقه ثم هل للموكل بناء على ثبوت الخيار له تفويض الأمر إلى الوكيل بحيث يصير ذا حق خيارى- الأقوى العدم لأن المتيقن من الدليل ثبوت الخيار للعاقد فى صورة القول به عند العقد لا لحوقه له بعده.

نعم يمكن توكيله فى الفسخ أو فى مطلق التصرف فسخا أو التزاما.

[عدم ثبوت الخيار للفضولى]

و مما ذكرنا اتضح عدم ثبوت الخيار للفضوليين و إن جعلنا الإجازة كاشفة لا لعدم صدق المتبايعين لأن البيع النقل و لا نقل هنا كما قيل لاندفاعه بأن البيع النقل العرفى و هو موجود هنا. نعم ربما كان ظاهر الأخبار حصول الملك شرعا بالبيع و هذا المعنى منتف فى الفضولى قبل الإجازة و يندفع أيضا بأن مقتضى ذلك عدم الخيار فى الصرف و السلم قبل القبض مع أن هذا المعنى لا يصح على مذهب الشيخ- القائل بتوقف الملك على انقضاء الخيار فالوجه فى عدم ثبوته للفضوليين فحوى ما تقدم- من عدم ثبوته للوكيلين الغير المستقلين. نعم فى ثبوته للمالكين بعد الإجازة مع حضورهما فى مجلس العقد وجه و اعتبار مجلس الإجازة على القول بالنقل له وجه خصوصا على القول بأن الإجازة عقد مستأنف على ما تقدم. توضيحه فى مسألة عقد الفضولى و يكفى حينئذ الإنشاء أصالة من أحدهما و الإجازة من الآخر إذا جمعهما مجلس عرفا. نعم يحتمل فى أصل المسألة أن يكون الإجازة من المجيز التزاما بالعقد فلا خيار بعدها خصوصا إذا كانت بلفظ التزمت فتأمل و لا فرق فى الفضوليين بين الغاصب و غيره فلو تبايع غاصبان ثم تفاسخا لم يزل العقد عن قابلية لحوق الإجازة بخلاف ما لو رد الموجب منهما قبل قبول الآخر لاختلال صورة المعاقدة و الله العالم.

مسألة لو كان العاقد واحدا

لنفسه أو غيره عن نفسه أو غيره ولاية أو وكالة على وجه يثبت له الخيار مع التعدد بأن كان وليا أو وكيلا مستقلا فى التصرف فالمحكى عن ظاهر الخلاف و القاضى و المحقق و العلامة و الشهيدين و المحقق الثانى و المحقق الميسى و الصيمرى و غيرهم ثبوت هذا الخيار له عن الاثنين لأنه بائع و مشتر فله ما لكل منهما كسائر أحكامها الثابتة لهما من حيث كونهما متبايعين و احتمال كون الخيار لكل منهما بشرط انفراده بإنشائه فلا يثبت مع قيام العنوانين لشخص واحد مندفع باستقرار سائر أحكام المتبايعين و جعل الغاية التفرق المستلزم للتعدد مبنى على الغالب خلافا للمحكى فى التحرير من القول بالعدم و استقربه فخر الدين و مال إليه المحقق الأردبيلى و الفاضل الخراسانى

المكاسب، ج۳، ص ۲۱۸

و المحدث البحرانى و استظهره بعض الأفاضل ممن عاصرناهم و لا يخلو عن قوة بالنظر إلى ظاهر النص لأن الموضوع فيه صورة التعدد و الغاية فيه الافتراق المستلزم للتعدد و لولاها لأمكن استظهار كون التعدد فى الموضوع لبيان حكم كل من البائع و المشترى كسائر أحكامهما إذ لا يفرق العرف بين قوله المتبايعان كذا و قوله لكل من البائع و المشترى إلا أن التقييد بقوله حتى يفترقا ظاهر فى اختصاص الحكم بصورة إمكان فرض الغاية و لا يمكن فرض التفرق فى غير المتعدد و منه يظهر سقوط القول بأن كلمة حتى تدخل على الممكن و المستحيل إلا أن يدعى أن التفرق غاية مختصة بصورة التعدد لا مخصصة للحكم بها. و بالجملة فحكم المشهور بالنظر إلى ظاهر اللفظ مشكل. نعم لا يبعد بعد تنقيح المناط لكن الإشكال فيه و الأولى التوقف تبعا للتحرير و جامع المقاصد ثم لو قلنا بالخيار فالظاهر بقائه إلى أن يسقط بأحد المسقطات غير التفرق.

مسألة قد يستثنى بعض أشخاص المبيع عن عموم ثبوت هذا الخيار

منها من ينعتق على أحد المتبايعين

و المشـهور كمـا قيـل عـدم الخيـار مطلقا بل عن ظاهر المسالك أنه محل وفاق و احتمل فى الـدروس ثبوت الخيار للبائع و الكلام فيه مبنى على القول المشـهور من عـدم توقف الملـك على انقضـاء الخيار- و إلا فلا إشـكال فى ثبوت الخيار و الظاهر أنه لا إشـكال فى عـدم ثبوت الخيار بالنسـبة إلى نفس العين لأن مقتضـى الأدلة الانعتاق بمجرد الملك و الفسخ بالخيار من حينه لا من أصـله و لا دليل على زواله بالفسـخ مع قيـام الـدليل على زوال الحريـة بعـد تحققهـا إلا على احتمال ضـعفه فى التحرير فيما لو ظهر من ينعتق عليه معيبا مبنى على تزلزل العتق و أما الخيار بالنسـبة إلى أخـذ القيمـة فقد يقال مقتضـى الجمع بين أدلة الخيار و دليل عدم عود الحر إلى الرقية فيفرض المعتـق كالتـالف فلمـن انتقـل إليـه أن يـدفع القيمـة و يسترد الثمن. و مـا فى التـذكرة من أنه وطن نفسه على الغبن المـالى و المقصود من الخيار أن ينظر و يتروى لدفع الغبن عن نفسه ممنوع لأن التوطين على شرائه عالما بانعتاقه عليه ليس توطينا على الغبن من حيث المعاملة و كـذا لمن انتقل عنه أن يـدفع الثمن و يأخـذ القيمـة و ما فى التذكرة من تغليب جانب العتق إنما يجدى مانعا عن دفع العين لكن الإنصاف أنه لا وجه للخيار لمن انتقل إليه لأن شـراءه إتلاف له فى الحقيقة و إخراج له عن المالية و سيجىء سقوط الخيار بالإتلاف بل أدنى تصـرف فعدم ثبوته به أولى و منه يظهر عدم ثبوت الخيار لمن انتقل عنه لأن بيعه من ينعتق عليه إقدام على إتلافه و إخراجه عن الماليـة. و الحاصـل أنـا إذا قلنـا إن الملك فيمن ينعتق عليه تقـديرى لا حقيقى- فالمعاملـة عليه من المتبايعين مواطأة على إخراجه عن الماليـة و سـلكه فى سـلك ما لا يتمول لكنه حسن مع علمهما فتأمل. و قـد يقال إن ثبوت الخيار لمن انتقل عنه مبنى على أن الخيـار و الانعتاق هل يحصـلان بمجرد البيع أو بعـد ثبوت الملك آنا ما أو الأول بالأول و الثانى بالثانى أو العكس فعلى الأولين و الأخير يقوى القول بالعدم لأمضوية أخبار العتق و كون القيمة بدل العين فيمتنع اسـتحقاقها من دون المبدل و لسبق تعلقه على الأخير و يحتمـل قريبـا الثبوت جمعـا بين الحقين و دفعـا للمنافـاة من البين و عملاـ بالنصـين و بالإجمـاع على عـدم إمكـان زوال يـد البـائع عن العوضـين و تنزيلا للفسـخ منزلـة الأرش مع ظهور عيب فى أحـدهما و للعتق بمنزلة تلف العين و لأنهم حكموا بجواز الفسخ و الرجوع إلى القيمـة فيمـا إذا بـاع بشـرط العتق فظهر كونه ممن ينعتق على المشترى أو تعيب بمـا يوجب ذلـك و الظاهر عـدم الفرق بينه و بين المقام و على الثالث يتجه الثانى لما مر و لسبق تعلق حق الخيار و عروض العتق ثم قال و حيث كان المختار فى الخيار أنه بمجرد العقد و فى العتق أنه بعد الملك و دل ظاهر الأخبار و كلام الأصحاب على أن أحكام العقود و الإيقاعات تتبعها بمجرد حصولها إذا لم يمنع عنهـا مـانع من غير فرق بين الخيار و غيره بل قـد صـرحوا بأن الخيار يثبت بعـد العقـد و أنه علـة و المعلول لا يتخلف عن علته كما أن الانعتاق لا يتخلف عن الملك فالأقرب هو الأخير كما هو ظاهر المختلف و التحرير و مال إليه الشهيد إن لم يثبت الإجماع على خلافه و يؤيده إطلاق الأكثر و دعوى ابن زهرة الإجماع على ثبوت خيار المجلس فى جميع ضـروب المبيع من غير اسـتثناء انتهى كلامه رفع مقـامه أقـول إن قلنـا إنه يعتبر فى فسـخ العقـد بالخيـار أو بالتقايـل- خروج الملـك عن ملـك من انتقـل عنه نظرا إلى أن خروج أحد العوضـين عن ملك أحدهما يسـتلزم دخول الآخر فيه و لو تقديرا لم يكن وجه للخيار فيما نحن فيه و لو قلنا بكون الخيار بمجرد العقد و الانعتاق عقيب الملك آنا ما إذ برفع العقـد لا يقبل المنعتق عليه لأن يخرج من ملك المشترى إلى ملك البائع و لو تقـديرا إذ ملكية المشـترى لمن ينعتـق عليه ليس على وجه يـترتب عليه سوى الانعتـاق و لاـ يجوز تقـديره بعـد الفسـخ قبـل الانعتـاق خارجـا عن ملك المشترى إلى ملك البائع ثم انعتاقه مضـمونا على المشترى كما لو فرض بيع المشترى للمبيع فى زمن الخيار ثم فسخ البائع. و الحاصـل أن الفاسـخ يتلقى الملك من المفسوخ عليه و هـذا غير حاصل فيما نحن فيه و إن قلنا أن الفسـخ لا يقتضـى أزيد من رد العين إن كان موجودا و بدله إن كان تالفا أو كالتالف و لا يعتبر فى صورة

التلـف إمكـان تقـدير تلقى الفاسـخ الملـك من المفسـوخ عليه و تملكه منه بـل يكفى أن يكـون العين المضـمونة قبـل الفسـخ بثمنها مضـمونة بعد الفسخ بقيمتها مع التلف كما يشـهد به الحكم بجواز الفسخ و الرجوع إلى القيمة فيما تقدم فى مسألة البيع شرط العتق ثم ظهور المبيع منعتقـا على المشترى و حكمهم برجوع الفاسـخ إلى القيمـة لو وجـد العين منتقلـة بعقـد لازم مع عـدم إمكـان تقـدير عود الملـك قبل الانتقال الـذى هو بمنزلـة التلف إلى الفاسـخ كان الأوفق بعمومات الخيار القول به هنا و الرجوع إلى القيمـة إلا مع إقـدام

المتبايعين على المعاملة مع العلم بكونه ممن ينعتق عليه فالأقوى العدم لأنهما قد تواطئا على إخراجه عن المالية الذى هو بمنزلة إتلافه.
و بالجملة فإن الخيار حق فى العين و إنما يتعلق بالبدل بعد تعذره لا ابتداء

المكاسب، ج۳، ص ۲۱۹

فإذا كان نقل العين إبطالا-لماليته و تفويتا لمحل الخيار كان كتفويت نفس الخيار باشتراط سقوطه فلم يحدث حق فى العين حتى يتعلق ببدله و قد صرح بعضهم بارتفاع خيار البائع بإتلاف المبيع و نقله إلى من ينعتق عليه كالإتلاف له من حيث المالية فدفع الخيار به أولى و أهون من رفعه فتأمل.

و منها العبد المسلم المشترى من الكافر

بناء على عدم تملك الكافر للمسلم اختيارا فإنه قد يقال بعدم ثبوت الخيار لأحدهما أما بالنسبة إلى العين فلفرض عدم جواز تملك الكافر للمسلم و تمليكه إياه و أما بالنسبة إلى القيمة فلما تقدم من أن الفسخ يتوقف على رجوع العين إلى مالكه الأصلى و لو تقدير التكون مضمونة له بقيمته على من انتقل إليه و رجوع المسلم إلى الكافر غير جائز و هذا هو المحكى عن حواشى الشهيد رحمه الله حيث قال إنه يباع و لا يثبت له خيار المجلس و لا الشرط و يمكن أن يريد بذلك عدم ثبوت الخيار للكافر فقط و إن ثبت للمشترى فيوافق مقتضى كلام فخر الدين فى الإيضاح من أن البيع بالنسبة إلى الكافر استنقاذ و بالنسبة إلى المشترى كالبيع بناء منه على عدم تملك السيد الكافر له لأن الملك سبيل و إنما له حق استيفاء ثمنه منه لكن الإنصاف أنه على هذا التقدير لا دليل على ثبوت الخيار للمشترى أيضا لأن الظاهر من قوله البيعان بالخيار اختصاص الخيار بصورة تحقق البيع من الطرفين مع أنه لا معنى لتحقق العقد البيعى من طرف واحد فإن شروط البيع إن كانت موجودة تحقق من الطرفين و إلا لم يتحقق أصلا كما اعترف به بعضهم فى مسألة بيع الكافر الحربى من ينعتق عليه و الأقوى فى المسألة وفاقا لظاهر الأكثر و صريح كثير ثبوت الخيار فى المقام و إن تردد فى القواعد بين استرداد العين أو القيمة. و ما ذكرنا من أن الرجوع بالقيمة مبنى على إمكان تقدير الملك فى ملك المالك الأصلى لو أغمضنا عن منعه كما تقدم فى المسألة السابقة غير قادح هنا لأن تقدير المسلم فى ملك الكافر بمقدار يثبت عليه بدله ليس سبيلا للكافر على المسلم و لذا جوزنا له شراء من ينعتق عليه و قد مر بعض الكلام فى ذلك فى شروط المتعاقدين.

و منها شراء العبد نفسه

بناء على جوازه فإن الظاهر عدم الخيار فيه و لو بالنسبة إلى القيمة لعدم شمول أدلة الخيار له و اختاره فى التذكرة و فيها أيضا أنه لو اشترى جمدا فى شدة الحر ففى الخيار إشكال و لعله من جهة احتمال اعتبار قابلية العين للبقاء بعد العقد ليتعلق بها الخيار فلا يندفع الإشكال بما فى جامع المقاصد من أن الخيار لا يسقط بالتلف لأنه لا يسقط به إذا ثبت قبله فتأمل.

مسألة لا يثبت خيار المجلس فى شىء من العقود سوى البيع عند علمائنا

كما فى التذكرة و عن تعليق الإرشاد و غيرهما و عن الغنية الإجماع عليه و صرح الشيخ فى غير موضع من المبسوط بذلك أيضا بل عن الخلاف الإجماع على عدم دخوله فى الوكالة و العارية و القراض و الحوالة و الوديعة إلا أنه فى المبسوط بعد ذكر جملة من العقود التى يدخلها الخيار و التى لا يدخلها قال و أما الوكالة و الوديعة و العارية و القراض و الجعالة فلا يمنع من دخول الخيارين فيها مانع انتهى و مراده خيار المجلس و الشرط. و حكى نحوه عن القاضى و لم يعلم معنى الخيار فى هذه العقود بل جزم فى التذكرة بأنه

لا- معنى للخيـار فيهـا لأـن الخيار فيها أبـدا و احتمل فى الـدروس أن يراد بـذلك عـدم جواز التصـرف قبل انقضاء الخيار و لعل مراده التصـرف المرخص فيه شـرعا للقابل فى هـذه العقود لا الموجب إذ لا معنى لتوقف جواز تصـرف المالك فى هذه العقود على انقضاء الخيار لأن أثر هذه العقود تمكن غير المالك من التصـرف فهو الذى يمكن توقفه على انقضاء الخيار الذى جعل الشيخ قدس سره أثر البيع متوقفا عليه- لكن الإنصاف أن تتبع كلام الشيـخ فى المبسوط فى هذا المقام يشهد بعدم إرادته هذا المعنى فإنه صرح فى مواضع قبـل هـذا الكلام و بعـده باختصاص خيار المجلس بالبيع و الـذى يخطر بالبال أن مراده دخول الخيارين فى هـذه العقود إذا وقعت فى ضمن عقـد البيع فتنفسخ بفسـخه فى المجلس و هذا المعنى و إن كان بعيدا فى نفسه إلا أن ملاحظهٔ كلام الشيـخ فى المقام يقربه إلى الذهن و قد ذكر نظير ذلك فى جريان الخيارين فى الرهن و الضـمان و صـرح فى السرائر بدخول الخيارين فى هذه العقود لأنها جائزهٔ فيجوز الفسخ فى كل وقت و هو محتمل كلام الشيخ فتأمل. و كيف كان فلا إشكال فى أصل هذه المسألهٔ.

مسألهٔ مبدأ هذا الخيار من حين العقد

لأـن ظـاهر النص كون البيع علـهٔ تامـهٔ و مقتضـاه كظـاهر الفتـاوى شـمول الحكم للصـرف و السـلم قبل القبض و لا إشـكال فيه لو قلنا بوجوب التقابض فى المجلس فى الصـرف و السـلم وجوبا تكليفيا إما للزوم الربا كما صـرح به فى صرف التذكرهٔ و إما لوجوب الوفاء بالعقـد و إن لم يكن بنفسه مملكا لأن ثمرهٔ الخيار حينئذ جواز الفسخ فلا يجب التقابض أما لو قلنا بعدم وجوب التقابض و جواز تركه إلى التفرق المبطل للعقـد ففى أثر الخيار خفاء لأن المفروض بقاء سـلطنهٔ كل من المتعاقـدين على ملكه و عـدم حق لأحدهما فى مال الآخر و يمكن أن يكون أثر الخيار خروج العقـد بفسخ ذى الخيار عن قابليهٔ لحوق القبض الملك فلو فرض اشتراط سـقوط الخيار فى العقـد لم يخرج العقـد بفسـخ المشـروط عليه عن قابليـهٔ التأثير. قال فى التـذكرهٔ لو تقابضا فى عقد الصـرف ثم أجازا فى المجلس لزم العقـد و إن أجازا قبل التقابض فكذلك و عليهما التقابض فإن تفرقا قبله انفسخ العقد ثم إن تفرقا عن تراض لم يحكم بعصـيانهما فإن انفرد أحدهما بالمفارقهٔ عصـى انتهى و فى الدروس يثبت يعنى خيار المجلس فى الصرف تقابضا أو لا فإن التزما به قبل القبض وجب التقـابض فلو هرب أحـدهما عصـى و انفسـخ العقـد و لو هرب قبل الالتزام فلا معصـيهٔ و يحتمل قويا عـدم العصـيان مطلقا لأن للقبض مـدخلا فى اللزوم فله تركه انتهى و صـرح الشـيخ أيضا فى المبسوط بثبوت التخاير فى الصـرف قبل التقابض. و مما ذكرنا يظهر الوجه فى كون مبـدأ الخيـار للمـالكين الحاضـرين فى مجلس عقـد الفضوليين على القول بثبوت الخيـار لهمـا من زمان إجازتهما على القول بالنقل و كذا على الكشف مع احتمال كونه من زمان العقد

القول فى مسقطات الخيار

اشارهٔ

و هى أربعهٔ على ما ذكرها فى التذكرهٔ اشتراط سقوطه فى

ضمن العقد و إسقاطه بعد العقد و التفرق و التصرف فيقع الكلام فى مسائل.

مسألهٔ لا خلاف ظاهرا فى سقوط هذا الخيار باشتراط سقوطه فى ضمن العقد.

اشارة

و عن الغنية الإجماع عليه و يدل عليه قبل ذلك عموم المستفيض المؤمنون أو المسلمون عند شروطهم و قد يتخيل معارضته بعموم أدلة الخيار و يرجح على تلك الأدلة بالمرجحات و هو ضعيف لأن الترجيح من حيث الدلالة و السند مفقود و موافقة عمل الأصحاب لا يصير مرجحا بعد العلم بانحصار مستندهم فى عموم أدلة الشروط كما يظهر من كتبهم و نحوه فى الضعف التمسك بعموم أوفوا بالعقود بناء على صيرورة شرط عدم الخيار كالجزء من العقد الذى يجب الوفاء به إذ فيه أن أدلة الخيار أخص فيخصص بها العموم بل الوجه مع انحصار المستند فى عموم دليل الشروط عدم نهوض أدلة الخيار للمعارضة لأنها مسوقة لبيان ثبوت الخيار بأصل الشرع فلا ينافى سقوطه بالمسقط الخارجى و هو الشرط لوجوب العمل به شرعا بل التأمل فى دليل الشرط يقضى بأن المقصود منه رفع اليد عن الأحكام الأصلية الثابتة للمشروطات قبل وقوعها فى حيز الاشتراط فلا تعارضه أدلة تلك الأحكام فحاله حال أدلة وجوب الوفاء بالنذر و العهد فى عدم مزاحمتها بأدلة أحكام الأفعال المنذورة لو لا النذر. و يشهد لما ذكرنا من حكومة أدلة الشرط و عدم معارضتها للأحكام الأصلية حتى يحتاج إلى المرجح استشهاد الإمام فى كثير من الأخبار بهذا العموم و على مخالفة كثير من الأحكام الأصلية. منها صحيحة مالك بن عطية قال:

سألت أبا عبد الله ع عن رجل كان له أب مملوك و كان تحت أبيه جارية مكاتبة قد أدت بعض ما عليها فقال لها ابن العبد هل لك أن أعينك فى مكاتبتك حتى تؤدى ما عليك بشرط أن لا يكون لك الخيار بعد ذلك على أبى إذا أنت ملكت نفسك قالت نعم فأعطاها فى مكاتبتها على أن لا يكون لها الخيار بعد ذلك قال ع لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم. و الرواية محمولة بقرينة الإجماع على عدم لزوم الشروط الابتدائية على صورة وقوع الاشتراط فى ضمن عقد لازم أو المصالحة على إسقاط الخيار المتحقق سببه بالمكاتبة بذلك المال و كيف كان فالاستدلال فيها بقاعدة الشروط على نفى الخيار الثابت بالعمومات دليل على حكومتها عليها لا معارضتها المحوجة إلى التماس المرجح. نعم قد يستشكل التمسك بدليل الشروط فى المقام من وجوه- الأول أن الشرط يجب الوفاء به إذا كان العقد المشروط فيه لازما لأن الشرط فى ضمن العقد الجائز لا يزيد حكمه على أصل العقد بل هو كالوعد فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد فلو ثبت لزوم العقد بلزوم الشرط لزم الدور. الثانى أن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد على ما هو ظاهر قوله البيعان بالخيار فاشتراط عدم كونهما بالخيار اشتراط لعدم بعض مقتضيات العقد. الثالث ما استدل به بعض الشافعية على عدم جواز اشتراط السقوط من أن إسقاطه الخيار فى ضمن العقد إسقاط لما لم يجب لأن الخيار لا يحدث إلا بعد البيع فإسقاطه فيه كإسقاطه قبله هذا و لكن شيء من هذه الوجوه لا يصلح للاستشكال أما الأول فلأن الخارج من عموم الشرط الشروط الابتدائية لأنها كالوعد الواقعة فى ضمن العقود الجائزة بالذات أو بالخيار مع بقائها على الجواز لأن الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد المشروط به مما لا يجتمعان لأن الشرط تابع و كالتقييد للعقد المشروط به أما إذا كان نفس مؤدى الشرط لزوم ذلك العقد المشروط به كما فيما نحن فيه لا التزاما آخر مغايرا لالتزام أصل العقد فلزومه الثابت بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالشرط عين لزوم العقد فلا يلزم تفكيك بين التابع و المتبوع فى اللزوم و الجواز. و أما الثانى فلأن الخيار حق للمتعاقدين اقتضاء العقد لو خلى و نفسه فلا ينافى سقوطه بالشرط. و بعبارة أخرى المقتضى للخيار العقد بشرط لا طبيعة العقد من حيث هى حتى لا يوجد بدونه و قوله البيعان بالخيار و إن كان له ظهور فى العلية التامة إلا أن المتبادر من إطلاقه صورة الخلو عن شرط السقوط مع أن مقتضى الجمع بينه و بين دليل الشرط كون العقد مقتضيا لإتمام العلة ليكون التخلف ممتنعا شرعا. نعم يبقى الكلام فى دفع توهم أنه لو بنى على الجمع بهذا الوجه بين دليل الشرط و عمومات الكتاب و السنة لم يبق شرط مخالف للكتاب و السنة بل و لا لمقتضى العقد و محل ذلك و إن كان فى باب الشروط إلا أن مجمل القول فى دفع ذلك فيما نحن فيه أنا حيث علمنا بالنص و الإجماع أن الخيار حق مالى قابل للإسقاط و الإرث لم يكن سقوطه منافيا للمشروع فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافى كما لو اشترطا فى هذا العقد سقوط الخيار فى عقد آخر. و أما عن الثالث بما عرفت من أن المتبادر من النص المثبت للخيار صورة الخلو عن الاشتراط و إقدام المتبايعين على عدم الخيار ففائدة الشرط

إبطال المقتضی لا- إثبات المانع و یمکن أن یستأنس لدفع الإشکال من هذا الوجه الثالث و من سابقه بصحیحهٔ مالک بن عطیهٔ المتقدمهٔ

ثم إن هذا الشرط یتصور علی وجوه-

أحدها أن یشترط عدم الخیار

و هذا هو مراد المشهور من اشتراط السقوط فیقول بعت بشرط أن لا یثبت خیار المجلس کما مثل به فی الخلاف و المبسوط و الغنیهٔ و التذکرهٔ لأن المراد بالسقوط هنا عدم الثبوت لا الارتفاع.

الثانی أن یشترط عدم الفسخ

فیقول بعت بشرط أن لا أفسخ فی المجلس فیرجع إلی التزام ترک حقه فلو خالف الشرط و فسخ فیحتمل قویا عدم نفوذ الفسخ لأن وجوب الوفاء بالشرط مستلزم لوجوب إجباره علیه و عدم سلطنته علی ترکه کما لو باع منذور التصدق به علی ما ذهب إلیه غیر واحد فمخالفهٔ الشرط و هو الفسخ غیر نافذهٔ فی حقه و یحتمل النفوذ لعموم دلیل الخیار و الالتزام بترک الفسخ لا یوجب فساد الفسخ علی ما قاله بعضهم من أن بیع منذور التصدق حنث موجب للکفارهٔ لا فاسد و حینئذ فلا فائدهٔ فی هذا غیر الإثم علی مخالفته إذ ما یترتب علی مخالفهٔ الشرط فی غیر هذا المقام من تسلط المشروط له علی الفسخ لو خولف الشرط غیر مترتب هنا و الاحتمال الأول أوفق بعموم وجوب الوفاء بالشرط الدال علی

المکاسب، ج۳، ص ۲۲۱

وجوب ترتب آثار الشرط و هو عدم الفسخ فی جمیع الأحوال حتی بعد الفسخ فیستلزم ذلک کون الفسخ الواقع لغوا کما تقدم نظیره فی الاستدلال بعموم وجوب الوفاء بالعقد علی کون فسخ أحدهما منفردا لغوا لا یرفع وجوب الوفاء.

الثالث أن یشترط إسقاط الخیار

و مقتضی ظاهره وجوب الإسقاط بعد العقد فلو أخل به و فسخ العقد ففی تأثیر الفسخ الوجهان المتقدمان و الأقوی عدم التأثیر و هل للمشروط له الفسخ- بمجرد عدم إسقاط المشترط الخیار بعد العقد و إن لم یفسخ وجهان من عدم حصول الشرط و من أن المقصود منه إبقاء العقد- فلا یحصل التخلف إلا إذا فسخ و الأولی بناء علی القول بعدم تأثیر الفسخ هو عدم الخیار لعدم تخلف الشرط و علی القول بتأثیره ثبوت الخیار لأنه قد یکون الغرض من الشرط عدم تزلزل العقد و یکون بقاء المشترط علی سلطنهٔ الفسخ مخالفا لمصلحهٔ المشروط له و قد یموت ذو الخیار و ینتقل إلی وارثه.

بقی الکلام فی أن المشهور أن تأثیر الشرط إنما هو مع ذکره فی متن العقد

اشارهٔ

فلو ذکراه قبله لم یفد لعدم الدلیل علی وجوب الوفاء به و صدق الشرط علی غیر المذکور فی العقد غیر ثابت لأن المتبادر عرفا هو الإلزام و الالتزام المرتبط بمطلب آخر و قد تقدم عن القاموس أنه الإلزام و الالتزام فی البیع و نحوه و عن الشیخ و القاضی تأثیر الشرط المتقدم. قال فی محکی الخلاف لو شرطا قبل العقد أن لا یثبت بینهما خیار بعد العقد صح الشرط و لزم العقد بنفس الإیجاب و القبول ثم نقل الخلاف عن بعض أصحاب الشافعی ثم قال دلیلنا أنه لا مانع من هذا الشرط و الأصل جوازه و عموم الأخبار فی جواز

الشرط يشمل هذا الموضع انتهى و نحوه المحكى عن جواهر القاضى. و قال فى المختلف على ما حكى عنه بعد ذلك و عندى فى ذلك نظر فإن الشرط إنما يعتبر حكمه لو وقع فى متن العقد. نعم لو شرطا قبل العقد و تبايعا على ذلك الشرط صح ما شرطاه انتهى. أقول التبايع على ذلك الشرط إن كان بالإشارة إليه فى العقد بأن يقول مثلا بعت على ما ذكر فهو من المذكور فى متن العقد و إن كان بالقصد إليه و البناء عليه عند الإنشاء فهذا هو ظاهر كلام الشيخ نعم يحتمل أن يريد الصورة الأولى و أراد بقوله قبل العقد قبل تمامه و هذا هو المناسب للاستدلال له بعدم المانع من هذا الاشتراط و يؤيده أيضا بل يعينه أن بعض أصحاب الشافعى إنما يخالف فى صحة هذا الاشتراط فى متن العقد. و قد صرح فى التذكرة بذكر خلاف بعض الشافعية فى اشتراط عدم الخيار فى متن العقد و استدل عنهم بأن الخيار بعد تمام العقد فلا يصح إسقاطه قبل تمامه. و الحاصل أن ملاحظة عنوان المسألة فى الخلاف و التذكرة و استدلال الشيخ على الجواز و بعض الشافعية على المنع يكاد يوجب القطع بعدم إرادة الشيخ صورة ترك الشرط فى متن العقد و كيف كان فالأقوى أن الشرط الغير المذكور فى متن العقد غير مؤثر لأنه لا يلزم بنفس اشتراطه السابق لأن المتحقق فى السابق إما وعد بالتزام أو التزام تبرعى لا يجب الوفاء به و العقد اللاحق و إن دفع مبنيا عليه لا يلزمه لأنه إلزام مستقل لا يرتبط بالتزام العقد إلا بجعل المتكلم و إلا فهو بنفسه ليس من متعلقات الكلام العقدى مثل العوضين و قيودهما حتى يقدر شرطا منويا فيكون كالمحذوف النحوى بعد نصب القرينة فإن من باع داره فى حال بنائه فى الواقع على عدم الخيار له لم يحصل له فى ضمن بيعه إنشاء التزام بعدم الخيار و لم يقيد إنشاءه بشىء بخلاف قوله بعتك على أن لا خيار لى الذى مؤداه بعتك ملتزما على نفسى و بانيا على أن لا خيار لى فإن إنشاءه للبيع قد اعتبر مقيدا بإنشائه التزام عدم الخيار فحاصل الشرط إلزام فى التزام مع اعتبار تقييد الثانى بالأول و تمام الكلام فى باب الشروط إن شاء الله تعالى.

فرع

ذكر العلامة فى التذكرة موردا لعدم جواز اشتراط نفى خيار المجلس و غيره فى متن العقد و هو ما إذا نذر المولى أن يعتق عبده إذا باعه بأن قال لله على أن أعتقك إذا بعتك قال لو باعه بشرط نفى الخيار لم يصح البيع لصحة النذر فيجب الوفاء به و لا يتم برفع الخيار و على قول بعض علمائنا من صحة البيع مع بطلان الشرط يلغو الشرط و يصح البيع و يعتق انتهى. أقول هذا مبنى على أن النذر المعلق بالعين يوجب عدم تسلط الناذر على التصرفات المنافية له و قد مر أن الأقوى فى الشرط أيضا كونه كذلك.

مسألة و من المسقطات إسقاط هذا الخيار بعد العقد

اشارة

بل هذا هو المسقط الحقيقى و لا خلاف ظاهرا فى سقوطه بالإسقاط- و يدل عليه بعد الإجماع فحوى ما سيجىء من النص الدال على سقوط الخيار بالتصرف معللا بأنه رضاء بالبيع مضافا إلى القاعدة المسلمة من أن لكل ذى حق إسقاط حقه و لعله لفحوى تسلط الناس على أموالهم فهم أولى بالتسلط على حقوقهم المتعلقة بالأموال و لا معنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق الغير القابلة للنقل إلا نفوذ تصرفهم فيها بما يشمل الإسقاط و يمكن الاستدلال له بدليل الشرط لو فرض شموله للالتزام الابتدائى ثم إن الظاهر سقوط الخيار بكل لفظ يدل عليه بإحدى الدلالات العرفية للفحوى المتقدمة و فحوى ما دل على كفاية بعض الأفعال فى إجازة عقد الفضولى و صدق الإسقاط النافذ بمقتضى ما تقدم من التسلط على إسقاط الحقوق و على هذا فلو قال أحدهما أسقطت الخيار من الطرفين فرضى الآخر سقط خيار الراضى أيضا لكون رضاه بإسقاط الآخر خياره إسقاطا أيضا.

مسألة لو قال أحدهما لصاحبه اختر

فإن اختار المأمور الفسخ فلا إشكال فی انفساخ العقد- و إن اختار الإمضاء ففی سقوط خیار الأمر أیضا مطلقا كما عن المبسوط الأكثر بل عن الخلاف الإجماع علیه أو بشرط إرادته تملیك الخیار لصاحبه و إلا فهو باق مطلقا كما هو ظاهر التذكرة أو مع قید إرادة الاستكشاف دون التفویض و یكون حكم التفویض كالتملیك. أقول و لو سكت فخیار الساكت باق إجماعا و وجهه واضح و أما خیار الأمر ففی بقائه مطلقا أو بشرط عدم إرادة تملیك

المكاسب، ج۳، ص ۲۲۲ الخیار كما هو ظاهر التذكرة أو سقوط خیاره مطلقا كما عن الشیخ أقوال و الأولى أن یقال إن كلمة اختر بحسب وضعه لطلب اختیار المخاطب أحد طرفی العقد من الفسخ و الإمضاء و لیس فیه دلالة على ما ذكروه من تملیك الخیار أو تفویض الأمر أو استكشاف الحال. نعم الظاهر عرفا من حال الأمر أن داعیه استكشاف حال المخاطب و كأنه فی العرف السابق كان ظاهرا فی تملیك المخاطب أمر الشیء كما یظهر من باب الطلاق فإن تم دلالته حینئذ على إسقاط الأمر خیاره بذلك و إلا فلا مزیل لخیاره و علیه یحمل على تقدیر الصحة ما ورد فی ذیل بعض أخبار خیار المجلس أنهما بالخیار ما لم یفترقا أو یقول أحدهما لصاحبه اختر ثم إنه لا إشكال فی أن إسقاط أحدهما خیاره لا یوجب سقوط خیار الآخر و منه یظهر أنه لو أجاز أحدهما و فسخ الآخر انفسخ العقد لأنه مقتضى ثبوت الخیار فكان العقد بعد إجازة أحدهما جائزا من طرف الفاسخ دون المجیز كما لو جعل الخیار من أول الأمر لأحدهما و هذا لیس تعارضا بین الإجازة و الفسخ و ترجیحا له علیها. نعم لو اقتضت الإجازة لزوم العقد من الطرفین كما لو فرض ثبوت الخیار من طرف أحد المتعاقدین أو من طرفهما المتعدد كالأصیل و الوكیل فأجاز أحدهما و فسخ الآخر دفعة واحدة أو تصرف ذو الخیار فی العوضین دفعة واحدة كما لو باع عبدا بجاریة ثم أعتقهما جمیعا حیث إن إعتاق العبد فسخ و إعتاق الجاریة إجازة أو اختلف الورثة فی الفسخ و الإجارة تحقق التعارض و ظاهر العلامة فی جمیع هذه الصور تقدیم الفسخ و لم یظهر له وجه تام و سیجیء الإشارة إلى ذلك فی موضعه.

مسألة من جملة مسقطات الخیار افتراق المتبایعین

اشارة

و لا إشكال فی سقوط الخیار به و لا فی عدم اعتبار ظهوره فی رضاهما بالبیع و إن كان ظاهر بعض الأخبار ذلك مثل قوله: فإذا افترقا فلا خیار لهما بعد الرضا و معنى حدوث افتراقهما المسقط مع كونهما متفرقین حین العقد افتراقهما بالنسبة إلى الهیئة الاجتماعیة الحاصلة لهما حین العقد فإذا حصل الافتراق الإضافی و لو بمسماه ارتفع الخیار فلا یعتبر الخطوة و لذا حكی عن جماعة التعبیر بأدنى الانتقال و الظاهر أن ذكره فی بعض العبارات لبیان أقل الأفراد خصوصا مثل قول الشیخ فی الخلاف أقل ما ینقطع به خیار المجلس خطوة مبنی على الغالب فی الخارج أو فی التمثیل لأقل الافتراق فلو تبایعا فی سفینتین متلاصقتین كفى مجرد افتراقهما و یظهر من بعض اعتبار الخطوة اغترارا بتمثیل كثیر من الأصحاب و عن صریح آخر التأمل و كفایة الخطوة لانصراف الإطلاق إلى أزید منها فیستصحب الخیار و یؤیده قوله فی بعض الروایات: فلما استوجبتها قمت فمشیت خطى لیجب البیع حین افترقنا و فیه منع الانصراف و دلالة الروایة ثم اعلم أن الافتراق على ما عرفت من معناه یحصل بحركة أحدهما و بقاء الآخر فی مكانه فلا یعتبر الحركة من الطرفین فی صدق افتراقهما فالحركة من أحدهما لا یسمى افتراقا حتى یحصل عدم المصاحبة من الآخر فذات الافتراق من المتحرك و اتصافها بكونها افتراقا من الساكن و لو تحرك كل منهما كان حركة كل منهما افتراقا بملاحظة عدم مصاحبة الآخر و كیف كان فلا یعتبر فی الافتراق المسقط حركة كل منهما إلى غیر جانب الآخر كما یدل علیه الروایات الحاكیة لشراء الإمام ع أرضا و أنه قال: فلما استوجبتها قمت فمشیت خطى لیجب البیع حین افترقنا فأثبت افتراق الطرفین بمشیه ع فقط.

مسألة المعروف أنه لا اعتبار بالافتراق عن إكراه إذا منع من التخایر أیضا

سواء بلغ حد سلب الاختيار أم لا لأصالة بقاء الخيار بعد تبادر الاختيار من الفعل المسند إلى الفاعل المختار مضافا إلى حديث رفع ما استكرهوا عليه و قد تقدم فی مسألة اشتراط الاختيار فی المتبايعين ما يظهر منه عموم الرفع للحكم الوضعی المحمول على المكلف فلا يختص برفع التكليف هذا و لكن يمكن منع التبادر فإن المتبادر هو الاختياری فی مقابل الاضطراری الذی لا يعد فعلا حقيقيا قائما بنفس الفاعل بل يكون صورة فعل قائمة بجسم المضطر لا فی مقابل المكره الفاعل بالاختيار لدفع الضرر المتوعد على تركه فإن التبادر ممنوع فإذا دخل الاختياری المكره عليه دخل الاضطراری لعدم القول بالفصل مع أن المعروف بين الأصحاب أن الافتراق و لو اضطرارا مسقط للخيار إذا كان الشخص متمكنا من الفسخ و الإمضاء مستدلين عليه بحصول التفرق المسقط للخيار. قال فی المبسوط فی تعليل الحكم المذكور لأنه إذا كان متمكنا من الإمضاء و الفسخ فلم يفعل حتى وقع التفرق كان ذلك دليلا على الرضا و الإمضاء انتهى و فی جامع المقاصد تعليل الحكم المذكور بقوله لتحقق الافتراق مع التمكن من الاختيار انتهى. و منه يظهر أنه لا وجه للاستدلال بحديث رفع الحكم عن المكره للاعتراف بدخول المكره و المضطر إذا تمكنا من التخاير و الحاصل أن فتوى الأصحاب هی أن التفرق عن إكراه عليه و على ترك التخاير غير مسقط للخيار و أنه لو حصل أحدهما باختياره سقط خياره و هذا لا يصح الاستدلال عليه باختصاص الأدلة بالتفرق الاختياری و لا بأن مقتضی حديث الرفع جعل التفرق للمكره عليه كلا تفرق لأن المفروض أن التفرق الاضطراری أيضا مسقط مع وقوعه فی حال التمكن من التخاير فالأولى الاستدلال عليه مضافا إلى الشهرة المحققة الجابرة للإجماع المحكی و إلى أن المتبادر من التفرق ما كان عن رضاء بالعقد سواء وقع اختيارا أو اضطرارا بقوله ص فی صحيحة الفضيل: فإذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما دل على أن الشرط فی السقوط الافتراق و الرضا منهما و لا ريب أن الرضا المعتبر ليس إلا المتصل بالتفرق بحيث يكون التفرق عنه إذ لا يعتبر الرضا فی زمان آخر إجماعا أو يقال إن قوله بعد الرضا إشارة إلى إناطة السقوط بالرضا بالعقد المستكشف عنه عن افتراقهما فيكون الافتراق مسقطا لكونه كاشفا نوعا عن رضاهما بالعقد و إعراضهما عن الفسخ و على كل تقدير فيدل على أن المتفرقين و لو اضطرارا إذا كانا متمكنين من الفسخ و لم يفسخا كشف ذلك نوعا عن رضاهما بالعقد فسقط خيارهما فهذا هو الذی استفاده الشيخ قدس سره

المكاسب، ج۳، ص ۲۲۳

كما صرح به فی عبارة المبسوط المتقدمة.

مسألة لو أكره أحدهما على التفرق و منع عن التخاير و بقی الآخر فی المجلس

فإن منع من المصاحبة و التخاير لم يسقط خيار أحدهما لأنهما مكرهان على الافتراق و ترك التخاير فدخل فی المسألة السابقة و إن لم يمنع من المصاحبة ففيه أقوال و توضيح ذلك أن افتراقهما المستند إلى اختيارهما كما عرفت يحصل بحركة أحدهما اختيارا و عدم مصاحبة الآخر كذلك و أن الإكراه على التفرق لا يسقط حكمه ما لم ينضم معه الإكراه على ترك التخاير فحينئذ نقول تحقق الإكراه المسقط فی أحدهما دون الآخر يحصل تارة بإكراه أحدهما على التفرق و ترك التخاير و بقاء الآخر فی المجلس مختارا فی المصاحبة أو التخاير و أخرى بالعكس بإبقاء أحدهما فی المجلس كرها مع المنع عن التخاير و ذهاب الآخر اختيارا و محل الكلام هو الأول و سيتضح به حكم الثانی و الأقوال فيه أربعة سقوط خيارهما كما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعيد و السيد العميد و شيخنا الشهيد قدس الله أسرارهم و ثبوته لهما كما عن ظاهر المبسوط و المحقق و الشهيد الثانيين و محتمل الإرشاد و سقوطه فی حق المختار خاصة- و فصل فی التحرير بين بقاء المختار فی المجلس فالثبوت لهما و بين مفارقته فالسقوط عنهما و مبنى الأقوال على أن افتراقهما المجعول غاية لخيارهما هل يتوقف على حصوله عن اختيارهما أو يكفی فيه حصوله عن اختيار أحدهما و على الأول هل يكون اختيار كل منهما مسقطا لخياره أو يتوقف سقوط خيار كل واحد على مجموع اختيارهما فعلى الأول يسقط خيار المختار خاصة كما عن الخلاف و جواهر القاضی و على الثانی يثبت الخياران كما عن ظاهر المبسوط و المحقق و الشهيد الثانيين. و على الثانی فهل

يعتبر في المسقط لخيارهما كونه فعلا وجوديا و حركة صادرة باختيار أحدهما و يكفى كونه تركا اختياريا كالبقاء فى مجلس العقد مختارا فعلى الأول يتوجه التفصيل المصرح به فى التحرير بين بقاء الآخر فى مجلس العقد و ذهابه و على الثانى يسقط الخياران كما عن ظاهر المحقق و العلامة و ولده السعيد و السيد العميد و شيخنا الشهيد. و اعلم أن ظاهر الإيضاح أن قول التحرير ليس قولا مغايرا للثبوت لهما و أن محل الخلاف ما إذا لم يفارق الآخر المجلس اختيارا و إلا سقط خيارهما اتفاقا حيث قال فى شرح قول والده لو حمل أحدهما و منع عن التخاير لم يسقط خياره على إشكال و أما الثابت فإن منع من المصاحبة و التخاير لم يسقط خياره و إلا فالأقرب سقوطه فيسقط خيار الأول انتهى. قال إن هذا مبنى على بقاء الأكوان و عدمه و افتقار الباقى إلى المؤثر و عدمه و إن الافتراق ثبوتى أو عدمى فعلى عدم البقاء أو افتقار الباقى إلى المؤثر يسقط لأنه فعل المفارقة و على القول ببقائها و استغناء الباقى عن المؤثر و ثبوتية الافتراق لم يسقط خياره لأنه لم يفعل شيئا و إن قلنا بعدمية الافتراق و العدم ليس بمعلل فكذلك و إن قلنا إنه يعلل سقط أيضا و الأقرب عندى السقوط لأنه مختار فى المفارقة انتهى. و هذا الكلام و إن نوقش فيه بمنع بناء الأحكام على هذه التدقيقات إلا أنه على كل حال صريح فى أن الباقى لو ذهب اختيارا فلا خلاف فى سقوط خياره و ظاهره كظاهر عبارة القواعد أن سقوط خياره لا ينفك عن سقوط خيار الآخر فينتفى القول المحكى عن الخلاف و الجواهر لكن العبارة المحكية عن الخلاف ظاهرة فى هذا القول قال لو أكرها أو أحدهما على التفرق بالأبدان على وجه يتمكنان من الفسخ و التخاير فلم يفعلا بطل خيارهما أو خيار من تمكن من ذلك و نحوه المحكى عن القاضى فإنه لو لا جواز التفكيك بين الخيارين لاقتصر على قوله بطل خيارهما فتأمل بل حكى هذا القول عن ظاهر التذكرة أو صريحها و فيه تأمل و كيف كان فالأظهر فى بادئ النظر ثبوت الخيارين للأصل- . و ما تقدم من تبادر تفرقهما عن رضا منهما فإن التفرق و إن لم يعتبر كونه اختياريا من الطرفين و لا من أحدهما إلا أن المتبادر رضاهما بالبيع حين التفرق فرضا أحدهما فى المقام و هو الماكث لا دليل على كفايته فى سقوط خيارهما و لا فى سقوط خيار خصوص التراضى إذ الغاية غاية للخيارين فإن تحققت سقطا و إلا ثبتا. و يدل عليه ما تقدم من صحيحة الفضيل المصرحة بإناطة سقوط الخيار بالرضا منهما المنفى بانتفاء رضاء أحدهما و لكن يمكن التفصى عن الأصل بصدق تفرقهما و تبادر تقيده بكونه عن رضا كليهما ممنوعة- بل المتيقن اعتبار رضا أحدهما و ظاهر الصحيحة و إن كان اعتبار ذلك إلا أنه معارض بإطلاق ما يستفاد من الرواية السابقة الحاكية لفعل الإمام ع

و أنه قال فمشيت خطى ليجب البيع حين افترقنا جعل مجرد مشيه سببا لصدق الافتراق المجعول غاية للخيار و جعل وجوب البيع علة غائية له من دون اعتبار رضا الآخر أو شعوره بمشى الإمام ع و دعوى انصرافه إلى صورة شعور الآخر و تركه المصاحبة اختيارا ممنوعة و ظاهر الصحيحة و إن كان أخص إلا أن ظهور الرواية فى عدم مدخلية شىء آخر زائدا على مفارقة أحدهما صاحبه مؤيد بالتزام مقتضاه فى غير واحد من المقامات مثل ما إذا مات أحدهما و فارق الآخر اختيارا- فإن الظاهر منهم عدم الخلاف فى سقوط الخيارين و قد قطع به فى جامع المقاصد مستدلا بأنه قد تحقق الافتراق فسقط الخياران مع أن المنسوب إليه ثبوت الخيار لهما فيما نحن فيه و كذا لو فارق أحدهما فى حال نوم الآخر أو غفلته عن مفارقة صاحبه مع تأيد ذلك بنقل الإجماع عن السيد عميد الدين و ظاهر المبنى المتقدم عن الإيضاح أيضا عدم الخلاف فى عدم اعتبار الرضا من الطرفين و إنما الخلاف فى أن البقاء اختيارا مفارقة اختيارية أم لا بل ظاهر القواعد أيضا أن سقوط خيار المكره متفرع على سقوط خيار الماكث من غير إشارة إلى وجود خلاف فى هذا التفريع و هو الذى ينبغى لأن الغاية إن حصلت سقط الخياران و إلا بقيا فتأمل. و عبارة الخلاف المتقدمة و إن كانت ظاهرة فى التفكيك بين المتبايعين فى الخيار إلا إنما ليست بتلك الظهور لاحتمال إرادة سقوط خيار المتمكن من التخاير من حيث تمكنه مع قطع النظر عن حال الآخر فلا ينافى سقوط خيار الآخر لأجل التلازم بين الخيارين من حيث اتحادهما فى الغاية مع أن شمول عبارته

المكاسب، ج۳، ص ۲۲۴

لبعض الصور التى لا يختص بطلان الخيار فيها بالمتمكن مما لا بد منه كما لا يخفى على المتأمل و حملها على ما ذكرنا من إرادة

المتمكن لا- بشرط إرادة خصوصه فقط أولى من تخصيصها ببعض الصور و لعل نظر الشيخ و القاضى إلى أن الافتراق المستند إلى اختيارهما جعل غاية لسقوط خيار كل منهما فالمستند إلى اختيار أحدهما مسقط لخياره خاصة و هو استنباط حسن لكن لا يساعد عليه ظاهر النص ثم إنه يظهر مما ذكرنا حكم عكس المسألة و هى ما إذا أكره أحدهما على البقاء ممنوعا من التخاير و فارق الآخر اختيارا فإن مقتضى ما تقدم من الإيضاح من مبنى الخلاف عدم الخلاف فى سقوط الخيارين هنا و مقتضى ما ذكرنا من مبنى الأقوال جريان الخلاف هنا أيضا و كيف كان فالحكم بسقوط الخيار عنهما هنا كما لا يخفى

مسألة لو زال الإكراه

فالمحكى عن الشيخ و جماعة- امتداد الخيار بامتداد مجلس الزوال و لعله لأن الافتراق الحاصل بينهما فى حال الإكراه كالمعدوم فكأنهما بعد مجتمعان فى مجلس العقد فالخيار باق. و فيه أن الهيئة الاجتماعية الحاصلة حين العقد قد ارتفعت حسا غاية الأمر عدم ارتفاع حكمها و هو الخيار بسبب الإكراه و لم يجعل مجلس زوال الإكراه بمنزلة مجلس العقد.

و الحاصل أن الباقى بحكم الشرع هو الخيار لا مجلس العقد فالنص ساكت عن غاية هذا الخيار فلا بد إما من القول بالفور كما عن التذكرة- و لعله لأنه المقدار الثابت يقينا لاستدراك حق المتبايعين و إما من القول بالتراخى إلى أن يحصل المسقطات لاستصحاب الخيار و الوجهان جاريان فى كل خيار لم يظهر حاله من الأدلة.

مسألة و من مسقطات هذا الخيار التصرف

على وجه يأتى فى خيارى الحيوان و الشرط ذكره الشيخ فى المبسوط فى خيار المجلس و فى الصرف و العلامة فى التذكرة و نسب إلى جميع من تأخر عنه بل ربما يدعى إطباقهم عليه و حكى عن الخلاف و الجواهر و الكافى و السرائر و لعله لدلالة التعليل فى بعض أخبار خيار الحيوان و هو الوجه أيضا فى اتفاقهم على سقوط خيار الشرط و إلا فلم يرد فيه نص بالخصوص بل سقوط خيار المشترى بتصرفه مستفاد من نفس تلك الرواية المعللة حيث قال: فإن أحدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه فلا شرط فإن المنفى يشمل شرط المجلس و الحيوان فتأمل و تفصيل التصرف المسقط سيجىء إن شاء الله تعالى

الثانى خيار الحيوان

[عموم هذا الخيار لكل ذى حياة]

لا- خلاف بين الإمامية- فى ثبوت الخيار فى الحيوان للمشترى و ظاهر النص و الفتوى العموم لكل ذى حياة فيشمل مثل الجراد و الزنبور و السمك و العلق و دود القز و لا يبعد اختصاصه بالحيوان المقصود حياته فى الجملة فمثل السمك المخرج من الماء و الجراد المحرز فى الإناء و شبه ذلك خارج لأنه لا يباع من حيث إنه حيوان بل من حيث إنه لحم و يشكل فيما صار كذلك لعارض كالصيد المشرف على الموت بإصابة السهم أو بجرح الكلب المعلم و على كل حال فلا يعد زهاق روحه تلفا من البائع قبل القبض أو فى زمان الخيار و فى منتهى خياره مع عدم بقائه إلى الثلاثة وجوه

[هل يختص هذا الخيار بالبيع المعين أو يعم الكلى أيضا]

ثم إنه هل يختص هذا الخيار بالمبيع المعين- كما هو المنساق فى النظر من الإطلاقات مع الاستدلال به فى بعض معاقد الإجماع كما

فی التذکرة بالحکمة الغیر الجاریة فی الکلی الثابت فی الذمة أو یعم الکلی کما هو المتراءی من النص و الفتوی لم أجد مصرحا بأحد الأمرین. نعم یظهر من بعض المعاصرین الأول و لعله الأقوی

و کیف کان فالکلام فیمن له هذا الخیار و فی مدته من حیث المبدأ و المنتهی و مسقطاته یتم برسم مسائل.

مسألة المشهور اختصاص هذا الخیار بالمشتری

حکی عن الشیخین و الصدوقین و الإسکافی و ابن حمزة و الشامیین الخمسة و الحلبیین الستة و معظم المتأخرین و عن الغنیة و ظاهر الدروس الإجماع علیه- لعموم قوله ع إذا افترقا وجب البیع خرج المشتری و بقی البائع بل لعموم أوفوا بالعقود بالنسبة إلی ما لیس فیه خیار المجلس بالأصل أو بالاشتراط و یثبت الباقی بعدم القول بالفصل و یدل علیه أیضا ظاهر غیر واحد من الأخبار منها صحیحة الفضیل ابن یسار عن أبی عبد الله ع قال: قلت له ما الشرط فی الحیوان قال ثلاثة أیام للمشتری قلت و ما الشرط فی غیر الحیوان قال البیعان بالخیار ما لم یفترقا فإذا افترقا فلا خیار بعد الرضا منهما و ظهوره فی اختصاص الخیار بالمشتری و إطلاق نفی الخیار لهما فی بیع غیر الحیوان بعد الافتراق یشمل ما إذا کان الثمن حیوانا و یتلوها فی الظهور روایة علی بن أسباط عن أبی الحسن الرضا ع قال: الخیار فی الحیوان ثلاثة أیام للمشتری فإن ذکر القید مع إطلاق الحکم قبیح إلا لنکتة جلیة و نحوها صحیحة الحلبی عن أبی عبد الله ع قال فی الحیوان: کله شرط ثلاثة أیام للمشتری و صحیحة ابن رئاب عن أبی عبد الله ع قال: الشرط فی الحیوانات ثلاثة أیام للمشتری و أظهر من الکل صحیحة ابن رئاب المحکیة عن قرب الإسناد قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل اشتری جاریة لمن الخیار للمشتری أو للبائع و لهما کلیهما قال الخیار لمن اشتری نظره ثلاثة أیام فإذا مضت ثلاثة أیام فقد وجب الشراء و عن سیدنا المرتضی قدس سره و ابن طاوس ثبوته للبائع أیضا. و حکی عن الانتصار دعوی الإجماع علیه لأصالة جواز العقد من الطرفین بعد ثبوت خیار المجلس و لصحیحة محمد بن مسلم: المتبایعان بالخیار ثلاثة أیام فی الحیوان و فیما سوی ذلک من بیع حتی یفترقا و بها تخصص عمومات اللزوم مطلقا أو بعد الافتراق و هی أرجح بحسب السند من صحیحة ابن رئاب المحکیة عن قرب الإسناد و قد صرحوا بترجیح روایة مثل محمد بن مسلم و زرارة و أضرابهما علی غیرهم من الثقات مضافا إلی ورودها فی الکتب الأربعة المرجحة علی مثل قرب الإسناد من الکتب التی یلتفت إلیها أکثر أصحابنا مع بعد غفلتهم عنها أو عن مراجعتها و أما الصحاح الأخر المکافئة سندا لصحیحة ابن مسلم فالإنصاف أن دلالتها بالمفهوم لا تبلغ فی الظهور مرتبة منطوق الصحیحة فیمکن حملها علی بیان الفرد الشدید الحاجة لأن الغالب فی المعاملة خصوصا معاملة الحیوان کون إرادة الفسخ فی طرف المشتری لاطلاعه علی خفایا الحیوان و لا ریب أن الأظهریة فی الدلالة متقدمة فی باب الترجیح علی الأکثریة. و أما ما ذکر فی تأویل

المکاسب، ج۳، ص ۲۲۵

صحیحة ابن مسلم من أن خیار الحیوان للمشتری علی البائع- فکان بین المجموع ففی غایة السقوط و أما الشهرة المحققة فلا تصیر حجة علی السید بل مطلقا بعد العلم بمستند المشهور و عدم احتمال وجود مرجح لم یذکروه و إجماع الغنیة لو سلم رجوعه إلی اختصاص الخیار بالمشتری لا مجرد ثبوته له معارض بإجماع الانتصار الصریح فی ثبوته للبائع و لعله لذا قوی فی المسالک قول السید مع قطع النظر عن الشهرة بل الاتفاق علی خلافه و تبعه علی ذلک فی المفاتیح و توقف فی غایة المراد و حواشی القواعد و تبعه فی المقتصر هذا و لکن الإنصاف أن أخبار المشهور من حیث المجموع لا یقصر ظهورها عن الصحیحة مع اشتهارها بین الرواة حتی محمد بن مسلم الراوی للصحیحة مع أن المرجع بعد التکافؤ عموم أدلة لزوم العقد بالافتراق و المتیقن خروج المشتری فلا ریب فی ضعف هذا القول. نعم هنا قول ثالث لعله أقوی منه و هو ثبوت الخیار لمن انتقل إلیه الحیوان ثمنا أو مثمنا نسب إلی جماعة من المتأخرین منهم الشهید فی المسالک لعموم صحیحة محمد بن مسلم: المتبایعان بالخیار ما لم یفترقا و صاحب الحیوان بالخیار ثلاثة

أيام و لا- ينافيه تقييد صاحب الحيوان بالمشترى فى موثقة ابن فضال لاحتمال ورود التقييد مورد الغالب لأن الغالب كون صاحب الحيوان مشتريا و لا ينافى هذه الدعوى التمسك بإطلاق صحيحة محمد بن مسلم لأن الغلبة قد يكون بحيث توجب تنزيل التقييد عليها و لا- يوجب تنزيل الإطلاق و لا- ينافيها أيضا ما دل على اختصاص الخيار بالمشترى لورودها مورد الغالب من كون الثمن غير حيوان و لا- صحيحة محمد بن مسلم المثبتة للخيار للمتبائعين لإمكان تقييدها و إن كان بعد بما إذا كان العوضان حيوانين لكن الإشكال فى إطلاق الصحيحة الأولى- من جهة قوة انصرافه إلى المشترى فلا مخصص يعتد به لعمومات اللزوم مطلقا أو بعد المجلس فلا محيص عن المشهور

مسألة لا فرق بين الأمة و غيرها فى مدة الخيار

و فى الغنية كما عن الحلبى أن مدة خيار الأمة مدة استبرائها بل عن الأول دعوى الإجماع- و ربما ينسب هذا إلى المقنعة و النهاية و المراسم من جهة حكمهم بضمان البائع لها مدة الاستبراء و لم أقف لهم على دليل- .

مسألة مبدء هذا الخيار من حين العقد

فلو لم يتفرق ثلاثة أيام انقضى خيار الحيوان أو بقى خيار المجلس لظاهر قوله ع: إن الشرط فى الحيوان ثلاثة أيام و فى غيره حتى يفترقا خلافا للمحكى عن ابن زهرة فجعله من حين التفرق و كذا الشيخ و الحلى فى خيار الشرط المتحد مع هذا الخيار فى هذا الحكم من جهة الدليل الذى ذكراه. قال فى المبسوط الأولى أن يقال إنه يعنى خيار الشرط يثبت من حين التفرق لأن الخيار يدخل إذا ثبت العقد و العقد لم يثبت قبل التفرق انتهى و نحوه المحكى عن السرائر و هذه الدعوى لم نعرفها.

نعم ربما يستدل عليه بأصالة عدم ارتفاعه بانقضاء ثلاثة من حين العقد بل أصالة عدم حدوثه قبل انقضاء المجلس و بلزوم اجتماع السببين على مسبب واحد و ما دل على أن تلف الحيوان فى الثلاثة من البائع مع أن التلف فى الخيار المشترك من المشترى و يرد الأصل ظاهر الدليل مع أنه بالتقرير الثانى مثبت و أدلة التلف من البائع محمول على الغالب من كونه بعد المجلس و يرد التداخل بأن الخيارين إن اختلفا من حيث الماهية فلا بأس بالتعدد و إن اتحدا فكذلك إما لأن الأسباب معرفات و إما لأنها علل و مؤثرات يتوقف استقلال كل واحد منها فى التأثير على عدم مقارنة الآخر أو سبقه فهى علل تامة إلا من هذه الجهة و هو المراد مما فى التذكرة فى الجواب عن أن الخيارين مثلان فلا يجتمعان من أن الخيار واحد و الجهة متعددة ثم إن المراد بزمان العقد هل زمان مجرد الصيغة كعقد الفضولى على القول بكون الإجازة ناقلة أو زمان الملك و عبر بذلك للغلبة الظاهر هو الثانى كما استظهره بعض المعاصرين قال فعلى هذا لو أسلم حيوانا فى طعام و قلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان و إن كان بائعا- كان مبدئه بعد القبض و تمثيله بما ذكر مبنى على اختصاص الخيار بالحيوان المعين و قد تقدم التردد فى ذلك ثم إن ما ذكروه فى خيار المجلس من جريانه فى الصرف و لو قبل القبض يدل على أنه لا يعتبر فى الخيار و الملك لكن لا بد له من أثر و قد تقدم الإشكال فى ثبوته فى الصرف قبل القبض لو لم نقل بوجوب التقابض.

مسألة لا إشكال فى دخول الليلتين المتوسطتين فى الثلاثة أيام

لا لدخول الليل فى مفهوم اليوم بل للاستمرار المستفاد من الخارج و لا فى دخول الليالى الثلاث عند التلفيق مع الانكسار و لو عقد فى

الليل فالظاهر بقاء الخيار إلى آخر اليوم الثالث و يحتمل النقص عن اليوم الثالث بمقدار ما بقى من ليلة العقد لكن فيه أنه يصدق حينئذ الأقل من ثلاثة أيام و الإطلاق على المقدار المساوى للنهار و لو من الليل خلاف الظاهر قيل و المراد بالأيام الثلاثة ما كانت مع الليالى الثلاث لدخول الليلتين أصالة فتدخل الثالثة و إلا لاختلف مفردات الجمع فى استعمال واحد انتهى فإن أراد الليلة السابقة على الأيام فهو حسن إلا أنه لا يعلل بما ذكر و إن أراد الليلة الأخيرة فلا يلزم من خروجها اختلاف مفردات الجمع فى استعمال واحد إذ لا نقول باستعمال اليومين الأولين فى اليوم و الليلة و استعمال اليوم الثالث فى خصوص النهار بل نقول إن اليوم مستعمل فى خصوص النهار أو مقداره من نهارين لا فى مجموع النهار و الليل أو مقدارهما و لا فى باقى النهار و لو ملفقا من الليل و المراد من الثلاثة أيام هى بلياليها أى ليالى مجموعها لا كل واحد منها فالليالى لم ترد من نفس اللفظ و إنما أريد من جهة الإجماع و ظهور اللفظ الحاكمين فى المقام باستمرار الخيار فكأنه قال الخيار يستمر إلى أن يمضى ست و ثلاثون ساعة من النهار.

مسألة يسقط هذا الخيار بأمور

أحدها اشتراط سقوطه فى العقد

و لو شرط سقوط بعضه فقد صرح بعض بالصحة و لا بأس به.

و الثانى إسقاطه بعد العقد

و قد تقدم الأمران.

و الثالث التصرف

و لا خلاف فى إسقاطه فى الجملة لهذا الخيار و يدل عليه قبل الإجماع النصوص

المكاسب، ج۳، ص ۲۲۶

ففى صحيحة ابن رئاب: فإن أحدث المشترى فيما اشترى حدثا قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه و لا شرط له قيل له و ما الحدث قال إن لامس أو قبل أو نظر منها إلى ما كان محرما عليه قبل الشراء و صحيحة الصفار: كتبت إلى أبى محمد ع فى الرجل اشترى دابة من رجل فأحدث فيها حدثا من أخذ الحافر أو نعلها أو ركب ظهرها فراسخ أ له أن يردها فى الثلاثة الأيام التى له فيها الخيار بعد الحدث الذى يحدث فيها أو الركوب الذى يركبها فراسخ فوقع ع إذا أحدث فيها حدثا فقد وجب الشراء إن شاء الله و فى ذيل الصحيحة المتقدمة عن قرب الإسناد قلت له: أ رأيت إن قبلها المشترى أو لامس فقال إذا قبل أو لامس أو نظر منها إلى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط و لزم البيع و استدل عليه فى التذكرة بعد الإجماع بأن التصرف دليل الرضا و فى موضع آخر منها أنه دليل الرضا بلزوم العقد و فى موضع آخر منها كما فى الغنية أن التصرف إجازة. أقول المراد بالحدث إن كان مطلق التصرف الذى لا يجوز لغير المالك إلا برضاه كما يشير إليه قوله أو نظر إلى ما كان يحرم عليه قبل الشراء فلازمه كون مطلق استخدام المملوك بل مطلق التصرف فيه مسقطا كما صرح به فى التذكرة فى بيان التصرف المسقط للرد بالعيب من أنه لو استخدمه بشىء خفيف مثل اسقنى أو ناولنى الثوب أو أغلق الباب سقط الرد ثم استضعف قول بعض الشافعية بعدم السقوط معللا بأن مثل هذه الأمور قد يؤمر به غير المملوك بأن المسقط مطلق التصرف و قال أيضا لو كان له على الدابة سرج أو ركاب فتركهما عليهما بطل الرد لأنه استعمال و انتفاع انتهى. و قال فى موضع من التذكرة عندنا أن الاستخدام بل كل تصرف يصدر من المشترى قبل علمه بالعيب أو بعده يمنع الرد انتهى. و هو فى غاية الإشكال لعدم تبادر ما يعم ذلك من لفظ الحدث و عدم دلالة ذلك على الرضا بلزوم العقد مع أن من المعلوم عدم انفكاك

المملوک المشتری عن ذلک فی أثناء الثلاثة فیلزم جعل الخیار فیه کاللغو مع أنهم ذکروا أن الحکمة فی هذا الخیار الاطلاع علی أمور خفیة فی الحیوان توجب زهادة المشتری و کیف یطلع الإنسان علی ذلک بدون النظر إلی الجاریة و لمسها و أمرها بغلق الباب و السقی و شبه ذلک و إن کان المراد مطلق التصرف بشرط دلالته علی الرضا بلزوم العقد کما یرشد إلیه وقوعه فی معرض التعلیل فی صحیحة ابن رئاب. و یظهر من استدلال العلامة و غیره علی المسألة بأن التصرف دلیل الرضا بلزوم العقد فهو لا یناسب إطلاقهم الحکم بإسقاط التصرفات التی ذکروها و دعوی أن جمیعها مما یدل لو خلی و طبعه علی الالتزام بالعقد فیکون إجازة فعلیة کما تری

[المراد من فذلک رضی منه فی صحیحة ابن رئاب]

اشارة

ثم إن قوله ع فی الصحیحة فذلک رضی منه یراد منه الرضا بالعقد فی مقابلة کراهة ضده أعنی الفسخ و إلا فالرضا بأصل الملک مستمر من زمان العقد إلی حین الفسخ و یشهد لهذا المعنی روایة عبد الله بن الحسن بن زید بن علی بن الحسین عن أبیه عن جعفر عن أبیه قال قال رسول الله ص: فی رجل اشتری عبدا بشرط إلی ثلاثة أیام فمات العبد فی الشرط قال یستحلف بالله تعالی ما رضیه ثم بریء من الضمان فإن المراد بالرضا الالتزام بالعقد و الاستحلاف فی الروایة محمولة علی سماع دعوی التهمة أو علی صورة حصول القطع للبائع بذلک إذا عرفت هذا

فقوله ع فذلک رضاء منه و لا شرط له یحتمل وجوها

أحدها أن یکون الجملة جوابا للشرط

فیکون حکما شرعیا بأن التصرف التزام بالعقد و إن لم یکن التزاما عرفا.

الثانی أن یکون توطئة للجواب

و هو قوله و لا شرط له لکنه توطئة لحکمة الحکم و تمهید لها لا علة حقیقة فیکون إشارة إلی أن الحکمة فی سقوط الخیار بالتصرف دلالته غالبا علی الرضا نظیر کون الرضا حکمة فی سقوط خیار المجلس بالتفرق فی قوله: فإذا افترقا فلا خیار بعد الرضا منهما فإنه لا یعتبر فی الافتراق دلالة علی الرضا و علی هذین المعنیین فکل تصرف مسقط و إن علم عدم دلالته علی الرضا.

الثالث أن یکون الجملة إخبارا عن الواقع

نظرا إلی الغالب و ملاحظة نوع التصرف لو خلی و طبعه و یکون علة للجواب فیکون نفی الخیار معللا بکون التصرف غالبا دالا علی الرضا بلزوم العقد و بعد ملاحظة وجوب تقیید إطلاق الحکم بمؤدی علته کما فی قوله لا تأکل الرمان لأنه حامض دل علی اختصاص الحکم بالتصرف الذی یکون کذلک أی دالا ـ بالنوع غالبا علی التزام العقد و إن لم یدل فی شخص المقام فیکون المسقط من التصرف ما کان له ظهور نوعی فی الرضا نظیر ظهور الألفاظ فی معانیها مقیدا بعدم قرینة یوجب صرفه عن الدلالة کما إذا دل الحال أو المقال علی وقوع التصرف للاختبار أو اشتباها بعین أخری مملوکة له و یدخل فیه کلما یدل نوعا علی الرضا و إن لم یعد تصرفا عرفا کالتعریض للبیع و الإذن للبائع فی التصرف فیه

الرابع أن یکون إخبارا عن الواقع

و یکون العلة هی نفس الرضا الفعلی الشخصی و یکون إطلاق الحکم مقیدا بتلک العلة فیکون موضوع الحکم فی الحقیقة هو نفس الرضا الفعلی فلو لم یثبت الرضا الفعلی لم یسقط الخیار

[المناقشة فی الاحتمالین الأولین]

ثم إن الاحتمالین الأولین و إن کانا موافقین لإطلاق سائر الأخبار و إطلاقات بعض کلماتهم مثل ما تقدم من التذکرة من أن مطلق التصرف لمصلحة نفسه مسقط و کذا غیره کالمحقق و الشهید الثانیین بل لإطلاق بعض معاقد الإجماع إلا أنهما بعیدان عن ظاهر الخبر مع مخالفتهما لأکثر کلماتهم فإن الظاهر منها عدم السقوط بالتصرف للاختبار و الحفظ- بل ظاهرها اعتبار الدلالة فی الجملة علی الرضا کما سیجیء. و یؤیده حکم بعضهم بکفایة الدال علی الرضا و إن لم یعد تصرفا کتقبیل الجاریة للمشتری علی ما صرح به فی التحریر و الدروس فعلم أن العبرة بالرضا و إنما اعتبر التصرف للدلالة و ورود النص أیضا بأن العرض علی البیع إجازة مع أنه لیس حدثا عرفا و مما یؤید عدم إرادة الأصحاب کون التصرف مسقطا إلا من جهة دلالته علی الرضا حکمهم بأن کل تصرف یکون إجازة من المشتری فی المبیع یکون فسخا من البائع فلو کان التصرف مسقطا تعبدیا عندهم من جهة النص لم یکن وجه للتعدی عن کونه إجازة إلی کونه فسخا.

و قد صرح فی التذکرة بأن الفسخ کالإجازة یکون بالقول و بالفعل و ذکر التصرف مثالا للفسخ و الإجازة الفعلیین فاندفع ما یقال فی تقریب کون التصرف

المکاسب، ج۳، ص ۲۲۷

مسقطا لا للدلالة علی الرضا بأن الأصحاب یعدونه فی مقابل الإجازة.

[المناقشة فی الاحتمال الرابع]

و أما المعنی الرابع فهو و إن کان أظهر الاحتمالات من حیث اللفظ بل جزم به فی الدروس و یؤیده ما تقدم من روایة عبد الله بن الحسن بن زید الحاکیة للنبوی الدال کما فی الدروس أیضا علی الاعتبار بنفس الرضا و ظاهر بعض کلماتهم الآتیة أن المستفاد من تتبع الفتاوی الإجماع علی عدم إناطة الحکم بالرضا الفعلی بلزوم العقد مع أن أظهریته بالنسبة إلی المعنی الثالث غیر واضحة

فتعین إرادة المعنی الثالث

اشارة

و محصله دلالة التصرف لو خلی و طبعه علی الالتزام و إن لم یفد فی خصوص المقام فیکون التصرف إجازة فعلیة فی مقابل الإجازة القولیة و هذا هو الذی ینبغی أن یعتمد علیه.

[الاستشهاد بکلمات الفقهاء علیه]

قال فی المقنعة إن هلاک الحیوان فی الثلاثة من البائع إلا أن یحدث فیه المبتاع حدثا یدل علی الرضا بالابتیاع انتهی. و مثل للتصرف فی مقام آخر بأن ینظر إلی الأمة إلی ما یحرم لغیر المالک. و قال فی المبسوط فی أحکام العیوب إذا کان المبیع بهیمة و أصاب بها عیبا فله ردها و إذا کان فی طریق الرد جاز له رکوبها- و سقیها و علفها و حلبها و أخذ لبنها و إن نتجت کان له نتاجها ثم قال و لا یسقط الرد لأنه إنما یسقط بالرضا بالعیب أو بترک الرد بعد العلم بالعیب أو بأن یحدث فیه عیب عنده و لیس هنا شیء من ذلک انتهی و فی الغنیة لو هلک المبیع فی مدة الخیار فهو من مال بائعه إلا أن یکون المبتاع قد أحدث فیه حدثا یدل علی الرضا انتهی و

قال الحلبى فى الكافى فى خيار الحيوان فإن هلك فى مدة الخيار فهو من مال البائع إلا أن يحدث فيه حدثا يدل على الرضا انتهى و فى السرائر بعد حكمه بالخيار فى الحيوان إلى ثلاثة أيام قال هذا إذا لم يحدث فى هذه المدة حدثا يدل على الرضا و يتصرف فيه تصرفا ينقص قيمته أو يكون لمثل ذلك التصرف أجرة بأن يركب الدابة أو يستعمل الحمار أو يقبل الجارية أو يلامسها أو يدبرها تدبيرا ليس له الرجوع فيه كالمنذور انتهى و قال فى موضع آخر إذا لم يتصرف فيه يؤذن بالرضا فى العادة و أما العلامة رحمه الله فقد عرفت أنه استدل على أصل الحكم بأن التصرف دليل الرضا باللزوم. و قال فى موضع آخر لو ركب الدابة ليردها سواء قصرت المسافة أو طالت لم يكن ذلك رضاء بها ثم قال و لو سقاها الماء أو ركبها ليسقيها ثم يردها لم يكن ذلك رضاء منه بإمساكه و لو حلبها فى طريقه فالأقرب أنه تصرف يؤذن بالرضا. و فى التحرير فى مسألة سقوط رد المعيب بالتصرف قال و كذا لو استعمل المبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا و قال فى الدروس استثنى بعضهم من التصرف ركوب الدابة و الطحن عليها و حلبها إذ بها يعرف حالها ليختبر و ليس ببعيد و قال المحقق الكركى لو تصرف ذو الخيار غير عالم كأن ظنها جاريته المختصة فتبينت ذات الخيار أو ذهل عن كونها المشتراة ففى الحكم تردد ينشأ من إطلاق الخبر بسقوط الخيار بالتصرف و من أنه غير قاصد إلى لزوم البيع إذ لو علم لم يفعل و التصرف إنما عد مسقطا لدلالته على الرضا باللزوم. و قال فى موضع آخر و لا يعد ركوب الدابة للاستخبار أو لدفع جموحها أو للخوف من ظالم أو ليردها تصرفا ثم قال و هل يعد حملها للاستخبار تصرفا ليس ببعيد أن لا يعد و كذا لو أراد ردها و حلبها لأخذ اللبن على إشكال ينشأ من أنه ملكه فله استخلاصه انتهى. و حكى عنه فى موضع آخر أنه قال و المراد بالتصرف المسقط ما كان المقصود منه التملك لا الاختبار و لا حفظ المبيع كركوب الدابة للسقى انتهى.

و مراده من التملك البقاء عليه و الالتزام به و يحتمل أن يراد به الاستعمال للانتفاع بالملك لا للاختيار و الحفظ هذا ما حضرنى من كلماتهم فى هذا المقام الظاهرة فى المعنى الثالث و حاصله التصرف على وجه يدل عرفا لو خلى و طبعه على الالتزام بالعقد ليكون إسقاطا فعليا للخيار فيخرج منه ما دلت القرينة على وقوعه لا عن الالتزام لكن يبقى الإشكال المتقدم سابقا من أن أكثر أمثلة التصرف المذكورة فى النصوص و الفتاوى ليست كذلك بل هى واقعة غالبا مع الغفلة أو التردد أو العزم على الفسخ مطلقا أو إذا اطلع على ما يوجب زهده فيه فهى غير دالة فى نفسها عرفا على الرضا و منه يظهر وجه النظر فى دفع الاستبعاد الذى ذكرناه سابقا من عدم انفكاك اشتراء الحيوان من التصرف فيه فى الثلاثة فيكون مورد الخيار فى غاية الندرة بأن الغالب فى التصرفات وقوعها مع عدم الرضا باللزوم فلا يسقط بها الخيار إذ فيه أن هذا يوجب استهجان تعليل السقوط بمطلق الحدث بأنه رضاء لأن المصحح لهذا التعليل مع العلم بعدم كون بعض أفراده رضاء هو ظهوره فيه عرفا من أجل الغلبة فإذا فرض أن الغالب فى مثل هذه التصرفات وقوعها لا عن التزام للعقد بل مع العزم على الفسخ أو التردد فيه أو الغفلة كان تعليل الحكم على المطلق بهذه العلة الغير الموجودة إلا فى قليل من أفراده مستهجنا.

و أما الاستشهاد لذلك بما سيجىء من أن تصرف البائع فى ثمن بيع الخيار غير مسقط لخياره اتفاقا و ليس ذلك إلا من جهة صدوره لا عن التزام بالعقد بل مع العزم على الفسخ برد مثل الثمن ففيه ما سيجىء. و مما ذكرنا من استهجان التعليل على تقدير كون غالب التصرفات واقعة لا عن التزام يظهر فساد الجمع بهذا الوجه يعنى حمل الأخبار المتقدمة على صورة دلالة التصرفات المذكورة على الرضا بلزوم العقد جمعا بينها و بين ما دل من الأخبار على عدم سقوطه بمجرد التصرف مثل رواية عبد الله بن الحسن المتقدمة التى لم يستفصل فى جوابها بين تصرف المشترى فى العبد المتوفى فى زمان الخيار و عدمه و إنما أنيط سقوط الخيار فيها بالرضا الفعلى و مثل الخبر المصحح: فى رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم رد قال إن كان تلك الثلاثة أيام شرب لبنها يرد معها ثلاثة أمداد و إن لم يكن لها لبن فليس عليه شىء و نحوه الآخر و ما فيهما من رد ثلاثة أمداد لعله محمول على الاستحباب مع أن ترك العمل به لا يوجب رد الرواية فتأمل. و قد أفتى بذلك فى المبسوط فيما لو باع شاة غير مصراة و حلبها أياما ثم وجد المشترى فيها عيبا ثم قال و قيل ليس له ردها

المكاسب، ج۳، ص ۲۲۸

لأنه تصرف بالحلب. و بالجملة فالجمع بین النص و الفتوی الظاهرین فی کون التصرف مسقطا لدلالته علی الرضا بلزوم العقد و بین ما تقدم من التصرفات المذکورة فی کثیر من الفتاوی خصوصا ما ذکره غیر واحد من الجزم بسقوط الخیار بالرکوب فی طریق الرد و التردد فیه و فی التصرف للاستخبار مع العلم بعدم اقترانهما بالرضا بلزوم العقد فی غایة الإشکال و الله العالم بحقیقة الحال

الثالث خیار الشرط

اشارة

أعنی الثابت بسبب اشتراطه فی العقد و لا خلاف فی صحة هذا الشرط و لا فی أنه لا یتقدر بحد عندنا- و نقل الإجماع علیه مستفیض الأصل فیه قبل ذلک الأخبار العامة المسوغة لاشتراط کل شرط إلا ما استثنی و الأخبار الخاصة الواردة فی بعض أفراد المسألة. فمن الأولی الخبر المستفیض الذی لا یبعد دعوی تواتره: إن المسلمین عند شروطهم و یزید فی صحیحة ابن سنان: إلا کل شرط خالف کتاب الله فلا یجوز. و فی موثقة إسحاق بن عمار: إلا شرطا حرم حلالا أو حلل حراما نعم فی صحیحة أخری لابن سنان: من اشترط شرطا مخالفا لکتاب الله فلا یجوز علی الذی اشترط علیه و المسلمون عند شروطهم فیما وافق کتاب الله لکن المراد منه بقرینة المقابلة عدم المخالفة للإجماع علی عدم اعتبار موافقة الشرط لظاهر الکتاب. و تمام الکلام فی معنی هذه الأخبار و توضیح المراد منه الاستثناء الوارد فیها یأتی فی باب الشرط فی ضمن العقد إن شاء الله-

و المقصود هنا بیان أحکام الخیار المشترط فی العقد

اشارة

و هی تظهر برسم مسائل-

مسألة لا فرق بین کون زمان الخیار متصلا بالعقد أو منفصلا عنه

لعموم أدلة الشرط قال فی التذکرة لو شرط خیار الغد صح عندنا خلافا للشافعی و استدل له فی موضع آخر بلزوم صیرورة العقد جائزا بعد اللزوم و رد بعدم المانع من ذلک مع أنه کما فی التذکرة منتقض بخیار التأخیر و خیار الرؤیة. نعم یشترط تعیین المدة فلو تراضیا علی مدة مجهولة کقدوم الحاج بطل بلا خلاف بل حکی الإجماع علیه صریحا لصیرورة المعاملة بذلک غرریة و لا عبرة بمسامحة العرف فی بعض المقامات و إقدام العقلاء علیه أحیانا فإن المستفاد من تتبع أحکام المعاملات عدم رضاء الشارع بذلک إذ کثیرا ما یتفق التشاح فی مثل الساعة و الساعتین من زمان الخیار فضلا من الیوم و الیومین. و بالجملة فالغرر لا ینتفی بمسامحة الناس فی غیر زمان الحاجة إلی المداقة و إلا لم یکن بیع الجزاف و ما تعذر تسلیمه و الثمن المحتمل للتفاوت القلیل و غیر ذلک من الجهالات غررا لتسامح الناس فی غیر مقام الحاجة إلی المداقة فی أکثر الجهالات و لعل هذا مراد بعض الأساطین من قوله إن دائرة الغرر فی الشرع أضیق من دائرته فی العرف و إلا-فالغرر لفظ لا یرجع فی معناه إلا إلی العرف. نعم الجهالة التی لا یرجع الأمر معها غالبا إلی التشاح بحیث یکون النادر کالمعدوم لا تعد غررا کتفاوت المکاییل و الموازین. و یشیر إلی ما ذکرنا الأخبار الدالة علی اعتبار کون السلم إلی أجل معلوم و خصوص موثقة غیاث:

لا بأس بالسلم فی کیل معلوم إلی أجل معلوم لا یسلم إلی دیاس أو إلی حصاد مع أن التأجیل إلی الدیاس و الحصاد و شبههما فوق

حد الإحصاء بين العقلاء الجاهلين بالشرع و ربما يستدل على ذلك بأن اشتراط المدة المجهولة مخالف للكتاب و السنة لأنه غرر و فيه أن كون البيع بواسطة الشرط مخالفا للكتاب و السنة غير كون نفس الشرط مخالفا للكتاب و السنة ففى الثانى يفسد الشرط و يتبعه البيع و فى الأول يفسد البيع فيلغو الشرط اللهم إلا أن يراد أن نفس الالتزام بخيار فى مدة مجهولة غرر و إن لم يكن بيعا فيشمله دليل نفى الغرر فيكون مخالفا للكتاب و السنة لكن لا ـ يخفى سراية الغرر إلى البيع فيكون الاستناد فى فساده إلى فساد شرطه المخالف للكتاب كالأكل من القفا.

مسألة لا فرق فى بطلان العقد– بين ذكر المدة المجهولة

كقدوم الحاج و بين عدم ذكر المدة أصلا كأن يقول بعتك على أن يكون لى الخيار و بين ذكر المدة المطلقة كأن يقول بعتك على أن يكون لى الخيار مدة لاستواء الكل فى الغرر– خلافا للمحكى عن المقنعة و الانتصار و الخلاف و الجواهر و الغنية و الحلبى فجعلوا مدة الخيار فى الصورة الثانية ثلاثة أيام و يحتمل حمل الثالثة عليها– و عن الانتصار و الغنية و الجواهر الإجماع عليه– و فى محكى الخلاف وجود أخبار الفرقة به و لا شك أن هذه الحكاية بمنزلة إرسال أخبار فيكفى فى انجبارها الإجماعات المنقولة و لذا مال إليه فى محكى الدروس لكن العلامة فى التذكرة لم يحك هذا القول إلا عن الشيخ قدس سره و أوله بإرادة خيار الحيوان. و عن العلامة الطباطبائى فى مصابيحه الجزم به و قواه بعض المعاصرين منتصرا لهم بما فى مفتاح الكرامة من أنه ليس فى الأدلة ما يخالفه إذ الغرر مندفع بتحديد الشرع و إن لم يعلم به المتعاقدان كخيار الحيوان الذى لا إشكال فى صحة العقد مع الجهل به أو بمدته. و زاد فى مفتاح الكرامة التعليل بأن الجهل يؤول إلى العلم الحاصل من الشرع و فيه ما تقدم فى مسألة تعذر التسليم من أن بيع الغرر موضوع عرفى حكم فيه الشارع بالفساد و التحديد بالثلاثة تعبد شرعى لم يقصده المتعاقدان فإن ثبت بالدليل كان مخصصا لعموم نفى الغرر و كان التحديد تعبديا نظير التحديد الوارد فى بعض الوصايا المبهمة أو يكون حكما شرعيا ثبت فى موضوع خاص– و هو إهمال مدة الخيار. و الحاصل أن الدعوى فى تخصيص أدلة نفى الغرر لا فى تخصصها و الإنصاف أن ما ذكرنا من حكاية الأخبار و نقل الإجماع لا ـ ينهض لتخصيص قاعدة الغرر لأن الظاهر بقرينة عدم تعرض الشيخ لذكر شيء من هذه الأخبار فى كتابيه الموضوعين لإيداع الأخبار أنه عول فى هذه الدعوى على اجتهاده فى دلالة الأخبار الواردة فى شرط الحيوان و لا ريب أن الإجماعات المحكية إنما تجبر قصور السند المرسل المتضح دلالته أو القاصر دلالته لا المرسل المجهول العين المحتمل لعدم الدلالة رأسا فالتعويل حينئذ على نفس الجابر و لا حاجة إلى ضم المنجبر إذ نعلم إجمالا أن المجمعين اعتمدوا على دلالات اجتهادية استنبطوها من الأخبار– و لا ريب أن المستند غالبا فى إجماعات القاضى و ابن زهرة إجماع السيد فى الانتصار. نعم قد روى فى

المكاسب، ج۳، ص ۲۲۹

كتب العامة أن حنان بن منقذ كان يخدع فى البيع لشجة أصابته فى رأسه فقال له النبى ص: إذا بعت فقل لا خلابة و جعل له الخيار ثلاثا. و فى رواية و لك الخيار ثلاثا و الخلابة الخديعة فى دلالته فضلا عن سنده ما لا يخفى و جبرها بالإجماعات كما ترى إذ التعويل عليها مع ذهاب المتأخرين إلى خلافها فى الخروج عن قاعدة الغرر مشكل بل غير صحيح فالقول بالبطلان لا يخلو عن قوة ثم إنه ربما يقال ببطلان الشرط دون العقد– و لعله مبنى على أن فساد الشرط لا يوجب فساد العقد. و فيه أن هذا على القول به فيما إذا لم يوجب الشرط فسادا فى أصل البيع كما فيما نحن فيه حيث إن جهالة الشرط يوجب كون البيع غرريا و إلا فالمتجه فساد البيع و لو لم نقل بسراية الفساد من الشرط إلى المشروط و سيجىء تمام الكلام فى مسألة الشروط.

مسألة مبدأ هذا الخيار من حين العقد

لأنه المتبادر من الإطلاق و لو كان زمان الخيار منفصلا كان مبدؤه أول جزء من ذلك الزمان فلو شرط خيار الغد كان مبدؤه من

طلوع فجر الغد فيجوز جعل مبدئه من انقضاء خيار الحيوان بناء على أن مبدأه من حين العقد و لو جعل مبدأه من حين التفرق بطل لأدائه إلى جهالة مدة الخيار. و عن الشيخ و الحلى أن مبدأه من حين التفرق و قد تقدم عن الشيخ وجهه مع عدم تماميته. نعم يمكن أن يقال هنا إن المتبادر من جعل الخيار جعله فى زمان لو لا الخيار لزم العقد كما أشار إليه فى السرائر لكن لو تم هذا لاقتضى كونه فى الحيوان من حين انقضاء الثلاثة- مع أن هذا إنما يتم مع العلم بثبوت خيار المجلس و إلا فمع الجهل به لا يقصد إلا الجهل من حين العقد بل الحكم بثبوته من حين التفرق حكم على المتعاقدين بخلاف قصدهما

مسألة يصح جعل الخيار لأجنبى

قال فى التذكرة لو باع العبد و شرط الخيار للعبد- صح البيع و الشرط عندنا معا و حكى عنه الإجماع فى الأجنبى قال لأن العبد بمنزلة الأجنبى و لو جعل الخيار لمتعدد كان كل منهم ذا خيار فإن اختلفوا فى الفسخ و الإجارة قدم الفاسخ لأن مرجع الإجازة إلى إسقاط خيار المجيز خاصة بخلاف ما لو وكل جماعة فى الخيار فإن النافذ هو تصرف السابق لفوات محل الوكالة بعد ذلك و عن الوسيلة أنه إذا كان الخيار لهما و اجتمعا على فسخ أو إمضاء نفذ و إن لم يجتمعا بطل و إن كان لغيرهما و رضى نفذ البيع و إن لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ و الإمضاء انتهى و فى الدروس و يجوز اشتراطه لأجنبى منفردا و لا اعتراض عليه و معهما أو مع أحدهما و لو خولف أمكن اعتبار فعله و إلا لم يكن لذكره فائدة انتهى. أقول و لو لم يمض فسخ الأجنبى مع إجازته و المفروض عدم مضى إجازته مع فسخه لم يكن لذكر الأجنبى فائدة ثم إنه ذكر غير واحد أن الأجنبى يراعى المصلحة للجاعل و لعله لتبادره من الإطلاق و إلا فمقتضى التحكيم نفوذ حكمه على الجاعل من دون ملاحظة مصلحة فتعليل وجوب مراعاة الأصلح بكونه أمينا لا يخلو عن نظر ثم إنه ربما يتخيل أن اشتراط الخيار للأجنبى مخالف للمشروع نظرا إلى أن الثابت فى الشرع صحة الفسخ بالتفاسخ أو بدخول الخيار بالأصل كخيارى المجلس و الشرط أو بالعارض كخيار الفسخ برد الثمن لنفس المتعاقدين و هو ضعيف لمنع اعتبار كون الفسخ من أحد المتعاقدين شرعا و لا عقلا بل المعتبر فيه تعلق حق الفاسخ بالعقد أو بالعين و إن كان أجنبيا فحينئذ يجوز للمتبائعين اشتراط حق للأجنبى فى العقد و سيجىء نظيره فى إرث الزوجة للخيار مع عدم إرثها من العين.

مسألة يجوز لهما اشتراط الاستيمار

بأن يستأمر المشروط عليه الأجنبى فى أمر العقد فيأتمر بأمره أو بأن يأتمره إذا أمره ابتداء و على الأول فإن فسخ المشروط عليه من دون استيمار لم ينفذ و لو استأمره فإن أمره بالإجازة لم يكن له الفسخ قطعا إذ الغرض من الشرط ليس مجرد الاستيمار بل الالتزام بأمره مع أنه لو كان الغرض مجرد ذلك لم يوجب ذلك أيضا ملك الفسخ و إن أمره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ بل غاية الأمر ملك الفسخ حينئذ إذ لا معنى لوجوب الفسخ عليه أما مع عدم رضاء الآخر بالفسخ فواضح إذ المفروض أن الثالث لا سلطنة له على الفسخ و المتعاقدان لا يريدانه و أما مع طلب الآخر للفسخ فلأن وجوب الفسخ حينئذ على المستأمر بالكسر راجع إلى حق لصاحبه عليه فإن اقتضى اشتراط الاستيمار ذلك الحق على صاحبه عرفا فمعناه سلطنة صاحبه على الفسخ فيرجع اشتراط الاستيمار إلى شرط لكل منهما على صاحبه. و الحاصل أن اشتراط الاستيمار من واحد منهما على صاحبه إنما يقتضى ملكه للفسخ إذا أذن له الثالث المستأمر و اشتراطه لكل منهما على صاحبه يقتضى ملك كل واحد منهما للفسخ عند الإذن. و مما ذكرنا يتضح حكم الشق الثانى و هو الائتمار بأمره الابتدائى فإنه إن كان شرطا لأحدهما ملك الفسخ لو أمره به و إن كان لكل منهما ملكا كذلك ثم فى اعتبار مراعاة المستأمر للمصلحة و عدمه وجهان أوجههما العدم إن لم يستفد الاعتبار من إطلاق العقد بقرينة حالية أو مقالية.

مسألة من أفراد خيار الشرط ما يضاف البيع و يقال له بيع الخيار

و هو جائز عندنا كما فى التذكرة و عن غيرها الإجماع عليه و هو أن يبيع شيئا و يشترط الخيار لنفسه مدة بأن يرد الثمن فيها و يرتجع المبيع

و الأصل فيه بعد العمومات المتقدمة فى الشرط النصوص المستفيضة

منها موثقة إسحاق بن عمار

قال سمعت من يسأل أبا عبد الله ع يقول و سأله رجل و أنا عنده فقال: رجل مسلم احتاج إلى بيع داره فمشى فجاء إلى أخيه فقال له أبيعك دارى هذه و يكون لك أحب إلي من أن يكون لغيرك على أن تشترط لى أنى إذا جئتك بثمنها إلى سنة تردها على قال لا بأس بهذا إن جاء بثمنها ردها عليه قلت أ رأيت لو كان للدار غلة لمن تكون الغلة فقال الغلة للمشترى أ لا ترى أنها لو احترقت كانت من ماله

و رواية معاوية بن ميسرة

قال سمعت أبا الجارود: يسأل أبا عبد الله ع عن رجل باع دارا له من رجل و كان بينه و بين الذى اشترى منه الدار خلطة- فشرط أنك إن أتيتنى بمالي ما بين ثلاث سنين فالدار دارك فأتاه بماله قال له أبو الجارود فإن هذا الرجل قد أصاب فى هذا المال فى ثلاث سنين قال هو ماله و قال ع

المكاسب، ج۳، ص ۲۳۰

أ رأيت لو أن الدار احترقت من مال من كانت يكون الدار دار المشترى

و عن سعيد بن يسار

فى الصحيح قال: قلت لأبى عبد الله ع إنا نخالط أناسا من أهل السود أو غيرهم فنبيعهم و نربح عليهم فى العشرة اثنى عشر و ثلاثة عشر و نؤخر ذلك فيما بيننا و بينهم السنة و نحوها و يكتب لنا رجل منهم على داره أو أرضه بذلك المال الذى فيه الفضل الذى أخذ منا شراء بأنه باع و قبض الثمن منه فنعده إن جاء هو بالمال إلى وقت بيننا و بينهم أن ترد عليه الشراء فإن جاء الوقت و لم يأتنا بالدراهم فهو لنا فما ترى فى هذا الشراء قال أرى أنه لك إن لم يفعله و إن جاء بالمال الموقت فرد عليه

و عن أبى الجارود

عن أبى جعفر ع قال: إن بعت رجلا على شرط فإن أتاك بمالك و إلا فالبيع لك.

إذا عرفت هذا

فتوضيح المسألة يتحقق بالكلام فى أمور

الأول أن اعتبار رد الثمن فى هذا الخيار- يتصور على وجوه

أحدها أن يؤخذ قيدا للخيار على وجه التعليق أو التوقيت

فلا- خيار قبله و يكون مدة الخيار منفصلة دائما عن العقد و لو بقليل و لا خيار قبل الرد و المراد برد الثمن فعل ماله دخل فى القبض من طرفه و إن أبى المشترى.

الثانى أن يؤخذ قيدا للفسخ

بمعنى أن له الخيار فى كل جزء من المدة المضروبة و التسلط على الفسخ على وجه مقارنته لرد الثمن أو تأخره عنه.

الثالث أن يكون رد الثمن فسخا فعليا

بأن يراد منه تمليك الثمن ليتملك منه المبيع و عليه حمل فى الرياض ظاهر الأخبار الدالة على عود المبيع بمجرد رد الثمن.

الرابع أن يؤخذ رد الثمن قيدا لانفساخ العقد

فمرجع ثبوت الخيار له إلى كونه مسلطا على سبب الانفساخ لا على مباشرة الفسخ و هذا هو الظاهر من رواية معاوية بن ميسرة و

يحتمل الثالث كما هو ظاهر روايتى سعيد بن يسار و موثقة إسحاق بن عمار و عنوان المسألة بهذا الوجه هو الظاهر من الغنية حيث لم يذكر هذا القسم من البيع فى الخيار أصلا و إنما ذكره فى أمثلة الشروط الجائزة فى متن العقد قال إن يبيع و يشترط على المشترى إن رد الثمن عليه فى وقت كذا كان المبيع له انتهى.

الخامس أن يكون رد الثمن شرطا لوجوب الإقالة على المشترى

بأن يلتزم المشترى على نفسه أن يقيله إذا جاء بالثمن و استقالة و هو ظاهر الوسيلة حيث قال إذا باع شيئا على أن يقيله فى وقت كذا بمثل الثمن الذى باعه منه لزمته الإقالة إذا جاءه بمثل الثمن فى المدة انتهى فإن أبى أجبره الحاكم أو أقال عنه و إلا استقل بالفسخ و هو محتمل روايتى سعيد بن يسار و إسحاق بن عمار على أن يكون رد المبيع البيع فيهما كناية عن ملزومه و هى الإقالة لا أن يكون وجوب الرد كناية عن تملك البائع للمبيع بمجرد فسخه بعد رد الثمن على ما فهمه الأصحاب و مرجعه إلى أحد الأولين- . و الأظهر فى كثير من العبارات مثل الشرائع و القواعد و التذكرة هو الثانى

[صحة الأنحاء المذكورة عدا الرابع]

لكن الظاهر صحة الاشتراط بكل من الوجوه الخمسة عدا الرابع فإنه فيه إشكالا من جهة أن انفساخ البيع بنفسه بدون إنشاء فعلى أو قولى يشبه انعقاده بنفسه مخالفة المشروع من توقف المسببات على أسبابها الشرعية و سيجىء فى باب الشروط ما يتضح به صحة ذلك و سقمه.

الأمر الثانى الثمن المشروط رده إما أن يكون فى الذمة و إما أن يكون معينا

و على كل تقدير إما أن يكون قد قبضه و إما لم يقبضه فإن لم يقبضه فله الخيار و إن لم يتحقق رد الثمن لأنه شرط على تقدير قبضه و إن لم يفسخ حتى انقضت المدة لزم البيع و يحتمل العدم بناء على أن اشتراط الرد بمنزلة اشتراط القبض قبله و إن قبض الثمن المعين فإما أن يشترط رد عينه أو يشترط رد ما يعم بدله مع عدم التمكن من العين بسبب لا منه أو مطلقا أو و لو مع التمكن منه على الإشكال من الأخير من حيث اقتضاء الفسخ شرعا بل لغة رد العين مع الإمكان و فى جواز اشتراط رد القيمة فى المثلى و بالعكس وجهان- و إما أن يطلق فعلى الأول لا خيار إلا برد العين فلو تلف لا من البائع فالظاهر عدم الخيار- إلا أن يكون إطلاق اشتراط رد العين فى الخيار لإفادة سقوطه بإتلاف البائع فيبقى الخيار فى إتلاف غيره على حاله و فيه نظر. و على الثانى فله رد البدل فى موضع صحة الاشتراط. و أما الثالث فمقتضى ظاهر الشرط فيه رد العين و يظهر من إطلاق محكى الدروس و حاشية الشرائع أن الإطلاق لا يحمل على العين و يحتمل حمله على الثمن الكلى و سيأتى و إن كان الثمن كليا فإن كان فى ذمة البائع كما هو مضمون رواية سعيد بن يسار المتقدمة فرده بأداء ما فى الذمة سواء قلنا إنه عين الثمن أو بدله من حيث إن ما فى ذمة البائع سقط عنه بصيرورته ملكا له فكأنه تلف المراد برده المشترط رد بدله و إن لم يكن الثمن فى ذمة البائع و قبضه فإن شرط رد ذلك الفرد المقبوض أو رد مثله بأحد الوجوه المتقدمة فالحكم على مقتضى الشرط و إن أطلق فالمتبادر بحكم الغلبة فى هذا القسم من البيع المشتهر ببيع الخيار هو رد ما يعم البدل إما مطلقا أو مع فقد العين و يدل عليه صريحا بعض الأخبار المتقدمة إلا أن المتيقن منها صورة فقد العين.

الأمر الثالث [هل يكفى مجرد رد الثمن فى الفسخ]

قيل ظاهر الأصحاب بناء على ما تقدم من أن رد الثمن فى هذا البيع عندهم مقدمة لفسخ البائع أنه لا يكفى مجرد الرد فى الفسخ و صرح به فى الدروس و غيره و لعل منشأ الظهور أن هذا القسم فرد من خيار الشرط مع اعتبار شىء زائد فيه و هو رد الثمن و عللوا ذلك أيضا بأن الرد من حيث هو لا يدل على الفسخ أصلا و هو حسن مع عدم الدلالة أما لو فرض الدلالة عرفا إما بأن يفهم منه كونه تمليكا للثمن من المشترى ليتملك منه المبيع على وجه المعاطاة و إما بأن يدل الرد بنفسه على الرضا بكون المبيع ملكا له و الثمن ملكا للمشترى فلا وجه لعدم الكفاية مع اعترافهم بتحقق الفسخ فيما هو أخفى من ذلك دلالة و ما قيل من أن الرد يدل على إرادة الفسخ و الإرادة غير المراد ففيه أن المدعى دلالته على إرادة كون المبيع ملكا له و الثمن ملكا للمشترى و لا يعتبر فى الفسخ الفعلى

أزيد من هذا مع أن ظاهر الأخبار كفاية الرد فی وجوب رد المبيع بل قد عرفت فی رواية معاوية بن ميسرة حصول تملك المبيع برد الثمن فيحمل علی تحقق الفسخ الفعلی به.

الأمر الرابع- يسقط هذا الخيار بإسقاطه بعد العقد

علی الوجه الثانی من الوجهين الأولين بل و علی الوجه الأول بناء علی أن تحقق السبب و هو العقد كاف فی صحة إسقاط الحق- لكن مقتضی ما صرح به فی التذكرة من أنه لا يجوز إسقاط خيار الشرط أو الحيوان

المكاسب، ج۳، ص ۲۳۱

بعد العقد بناء علی حدوثهما من زمان التفرق عدم الجواز أيضا إلا أن يفرق هنا بأن المشروط له مالك للخيار قبل الرد و لو من حيث تملكه للرد الموجب له فله إسقاطه بخلاف ما فی التذكرة و يسقط أيضا بانقضاء المدة و عدم رد الثمن أو بدله مع الشرط أو مطلقا علی التفصيل المتقدم و لو تبين المردود من غير الجنس فلا رد و لو ظهر معيبا كفی فی الرد و له الاستبدال و يسقط أيضا بالتصرف فی الثمن المعين مع اشتراط رد العين أو حمل الإطلاق عليه و كذا الفرد المدفوع من الثمن الكلی إذا حمل الإطلاق علی اعتبار رد عين المدفوع كل ذلك لإطلاق ما دل علی أن تصرف ذی الخيار- فيما انتقل إليه رضاء بالعقد و لا خيار و قد عمل الأصحاب بذلك فی غير مورد النص كخياری المجلس و الشرط. و المحكی عن المحقق الأردبيلی و صاحب الكفاية- أن الظاهر عدم سقوط هذا الخيار بالتصرف فی الثمن لأن المدار فی هذا الخيار عليه لأنه شرع لانتفاع البائع بالثمن فلو سقط الخيار سقط الفائدة و للموثق المتقدم المفروض فی مورده تصرف البائع فی الثمن و بيع الدار لأجل ذلك و المحكی عن العلامة الطباطبائی فی مصابيحه الرد علی ذلك بعد الطعن عليه بمخالفته لما عليه الأصحاب بما محصله أن التصرف المسقط ما وقع فی زمان الخيار و لا خيار إلا بعد الرد و لا ينافی شیء مما ذكر لزومه بالتصرف بعد الرد لأن ذلك منه بعده لا قبله و إن كان قادرا علی إيجاد سببه فيه إذ المدار علی الفعل لا علی القوة علی أنه لا- يتم فيما اشترط فيه الرد فی وقت منفصل عن العقد كيوم بعد سنة مثلا انتهی محصل كلامه و ناقش بعض من تأخر عنه فيما ذكره من كون حدوث الخيار بعد الرد لا قبله بأن ذلك يقتضی جهالة مبدء الخيار و بأن الظاهر من إطلاق العرف و تضعيف كثير من الأصحاب قول الشيخ بتوقف الملك علی انقضاء الخيار ببعض الأخبار المتقدمة فی هذه المسألة الدالة علی أن غلة المبيع للمشتری هو كون مجموع المدة زمان الخيار انتهی. أقول فی أصل الاستظهار المتقدم و الرد المذكور عن المصابيح و المناقشة علی الرد نظر أما الأول فلأنه لا مخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف المنسحب فی غير مورد النص عليه باتفاق الأصحاب و أما بناء هذا العقد علی التصرف فهو من جهة أن الغالب المتعارف البيع بالثمن الكلی و ظاهر الحال فيه كفاية رد مثل الثمن و لذا قوينا حمل الإطلاق فی هذه الصورة علی ما يعم البدل و حينئذ فلا يكون التصرف فی عين الفرد المدفوع دليلا علی الرضا بلزوم العقد إذ لا منافاة بين فسخ العقد و صحة هذا التصرف و استمراره و هو مورد الموثق المتقدم أو منصرف إطلاقه أو من جهة تواطؤ المتعاقدين علی ثبوت الخيار مع التصرف أيضا أو للعلم بعدم الالتزام بالعقد بمجرد التصرف فی الثمن و قد مر أن السقوط بالتصرف ليس تعبدا شرعيا مطلقا حتی المقرون منه بعدم الرضا بلزوم العقد. و أما الثانی فلأن المستفاد من النص و الفتوی كما عرفت كون التصرف مسقطا فعليا كالقولی يسقط الخيار فی كل مقام يصح إسقاطه بالقول و الظاهر عدم الإشكال فی جواز إسقاط الخيار قولا قبل الرد هذا مع أن حدوث الخيار بعد الرد مبنی علی الوجه الأول المتقدم من الوجوه الخمسة فی مدخلية الرد فی الخيار و لا دليل علی تعينه فی بيع الخيار المتعارف بين الناس بل الظاهر من عبارة غير واحد هو الثانی أو نقول إن المتبع مدلول الجملة الشرطية الواقعة فی متن العقد فقد يؤخذ الرد فيها قيدا للخيار و قد يؤخذ قيدا للفسخ. نعم لو جعل الخيار و الرد فی جزء معين من المدة كيوم بعد السنة كان التصرف قبله تصرفا مع لزوم العقد و جاء فيه الإشكال فی صحة الإسقاط هنا و لو قولا من عدم تحقق الخيار و من تحقق سببه. و أما المناقشة فی تحديد مبدأ الخيار بالرد بلزوم جهالة مدة الخيار ففيه أنها لا تقدح مع تحديد زمان التسلط علی الرد و الفسخ بعده إنشاء. نعم ذكر فی التذكرة أنه لا يجوز اشتراط الخيار من حين التفرق إذا جعلنا مبدأه عند الإطلاق من حين العقد لكن الفرق يظهر بالتأمل

و أما الاستشهاد عليه بحكم العرف ففيه أن زمان الخيار عرفا لا- يراد به إلا- ما كان الخيار متحققا فيه شرعا أو بجعل المتعاقدين و المفروض أن الخيار هنا جعلى فالشک فى تحقق الخيار قبل الرد بجعل المتعاقدين و أما ما ذكره بعض الأصحاب فى رد الشيخ من بعض أخبار

المسألة فلعلهم فهموا من مذهبه توقف الملک على انقضاء زمان الخيار مطلقا حتى المنفصل كما لا يبعد عن إطلاق كلامه و إطلاق ما استدل له به من الأخبار.

الأمر الخامس لو تلف المبيع كان من المشترى

سواء كان قبل الرد أو بعده و نماؤه أيضا له مطلقا و الظاهر عدم سقوط خيار البائع فيسترد المثل أو القيمة برد الثمن أو بدله و يحتمل عدم الخيار بناء على أن مورد هذا الخيار هو إلزام أن له رد الثمن و ارتجاع البيع و ظاهره اعتبار بقاء المبيع فى ذلک فلا خيار مع تلفه ثم إنه لا- تنافى بين شرطية البقاء و عدم جواز تفويت الشرط فلا- يجوز للمشترى إتلاف المبيع كما سيجىء فى أحكام الخيار لأن غرض البائع من الخيار استرداد عين ماله و لا يتم إلا بالتزام إبقائه للبائع و لو تلف الثمن فإن كان بعد الرد و قبل الفسخ فمقتضى ما سيجىء من أن التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له كونه من المشترى و إن كان ملكا للبائع إلا أن يمنع شمول تلک القاعدة للثمن و يدعى اختصاصها بالمبيع- كما ذكره بعض المعاصرين و استظهره من رواية معاوية بن ميسرة المتقدمة و لم أعرف وجه الاستظهار إذ ليس فيها إلا- أن نماء الثمن للبائع و تلف المبيع من المشترى و هما إجماعيان حتى فى مورد كون التلف ممن لا خيار له فلا حاجة لهما إلى تلک الرواية و لا يكون الرواية مخالفة للقاعدة و إنما المخالف لها هى قاعدة أن الخراج بالضمان إذا انضمت إلى الإجماع لى كون النماء للمالک. نعم الإشكال فى عموم تلک القاعدة للثمن كعمومها لجميع أفراد الخيار لكن الظاهر من إطلاق غير واحد عموم القاعدة للثمن و اختصاصها بالخيارات الثلاثة أعنى خيار المجلس و الشرط و الحيوان و سيجىء الكلام فى أحكام الخيار و إن كان التلف قبل الرد فمن البائع بناء على عدم ثبوت الخيار

المكاسب، ج۳، ص ۲۳۲

قبل الرد و فيه ما عرفت من منع المبنى منع البناء فإن دليل ضمان من لا خيار له مال صاحبه و هو تزلزل البيع سواء كان بخيار متصل أو بمنفصل كما يقتضيه أخبار تلک المسألة كما سيجىء ثم إن قلنا بأن تلف الثمن من المشترى انفسخ البيع و إن قلنا بأنه من البائع فالظاهر بقاء الخيار فيرد البدل و يرتجع المبيع.

الأمر السادس لا إشكال فى القدرة على الفسخ برد الثمن على نفس المشترى أو برده على وكيله المطلق أو الحاكم أو العدول

مع التصريح بذلک فى العقد و إن كان المشروط هو رده إلى المشترى مع عدم التصريح ببدله فامتنع رده إليه عقلا لغيبة و نحوها أو شرعا لجنون و نحوه ففى حصول الشرط برده إلى الحاكم كما اختاره المحقق القمى فى بعض أجوبة مسائله و عدمه كما اختاره سيد مشايخنا فى مناهله قولان و ربما يظهر من صاحب الحدائق الاتفاق على عدم لزوم رد الثمن إلى المشترى مع غيبته حيث إنه بعد نقل قول المشهور بعدم اعتبار حضور الخصم فى فسخ ذى الخيار و أنه لا اعتبار بالإشهاد خلافا لبعض علمائنا قال إن ظاهر الرواية اعتبار حضور المشترى ليفسخ البائع بعد دفع الثمن إليه فما ذكروه من جواز الفسخ مع عدم حضور المشترى و جعل الثمن أمانة إلى أن يجىء المشترى و إن كان ظاهرهم الاتفاق عليه إلا أنه بعيد عن مساق الأخبار المذكورة انتهى. أقول لم أجد فيما رأيت من تعرض الحكم رد الثمن مع غيبة المشترى فى هذا الخيار و لم يظهر منهم جواز الفسخ بجعل الثمن أمانة عند البائع حتى يحضر المشترى و ذكرهم لعدم اعتبار حضور الخصم فى فسخ ذى الخيار إنما هو لبيان حال الفسخ من حيث هو فى مقابل العامة و بعض الخاصة حيث اشترطوا فى الفسخ بالخيار حضور الخصم و لا تنافى بينه و بين اعتبار حضوره لتحقق شرط آخر للفسخ و هو رد الثمن إلى المشترى مع أن ما ذكره من أخبار المسألة- لا يدل على اعتبار حضور الخصم فى الفسخ و إن كان موردها صورة حضوره لأجل تحقق الرد إلا أن الفسخ قد يتأخر عن الرد بزمان بناء على مغايرة الفسخ للرد و عدم الاكتفاء به عنه. نعم لو قلنا بحصول الفسخ بالرد اختص موردها

بحضور الخصم لكن الأصحاب لم ينكروا اعتبار الحضور فى هذا الخيار خصوصا لو فرض قولهم بحصول الفسخ بمجرد رد الثمن فافهم و كيف كان فالأقوى فيما لم يصرح باشتراط الرد إلى خصوص المشترى هو قيام الولى مقامه لأن الظاهر من الرد إلى المشترى حصوله عنده و تملكه له حتى لا يبقى الثمن فى ذمة البائع بعد الفسخ و لذا لو دفع إلى وارث المشترى كفى و كذا لو رد وارث البائع مع أن المصرح به فى العقد رد البائع و ليس ذلك لأجل إرثه للخيار لأن ذلك متفرع على عدم مدخلية خصوص البائع فى الرد و كذا الكلام فى وليه و دعوى أن الحاكم إنما يتصرف فى مال الغائب- على وجه الحفظ و المصلحة و الثمن قبل رده باق على ملك البائع و قبضه عنه الموجب لسلطنة البائع على الفسخ قد لا يكون مصلحة للغائب أو شبهه فلا يكون وليا فى القبض فلا يحصل ملك المشترى المدفوع بعد الفسخ مدفوعة بأن هذا ليس تصرفا اختياريا من قبل الولى حتى يناط بالمصلحة بل البائع حيث وجد من هو منصوب شرعا لحفظ مال الغائب صح له الفسخ إذ لا يعتبر فيه قبول المشترى أو وليه للثمن حتى يقال إن ولايته فى القبول متوقفة على المصلحة بل المعتبر تمكين المشترى أو وليه منه إذا حصل الفسخ. و مما ذكرنا يظهر جواز الفسخ برد الثمن- إلى عدول المؤمنين ليحفظوها حسبة عن الغائب و شبهه و لو اشترى الأب للطفل بخيار البائع فهل يصح له الفسخ مع رد الثمن إلى الولى الآخر أعنى الجد مطلقا أو مع عدم التمكن من الرد إلى الأب أو لا وجوه و يجرى مثلها فيما لو اشترى الحاكم للصغير فرد البائع إلى حاكم آخر و ليس فى قبول الحاكم الآخر مزاحمة للأول حتى لا يجوز قبوله للثمن و لا يجرى ولايته بالنسبة إلى هذه المعاملة بناء على عدم جواز مزاحمة حاكم لحاكم آخر فى مثل هذه الأمور لما عرفت من أن أخذ الثمن من البائع ليس تصرفا اختياريا بل البائع إذا وجد من يجوز أن يتملك الثمن عن المشترى عند فسخه جاز له الفسخ و ليس فى مجرد تملك الحاكم الثانى الثمن عن المشترى مزاحمة للحاكم الأول غاية الأمر وجوب دفعه إليه مع احتمال عدم الوجوب لأن هذا ملك جديد للصغير لم يتصرف فيه الحاكم الأول فلا مزاحمة لكن الأظهر أنها مزاحمة عرفا.

الأمر السابع إذا أطلق اشتراط الفسخ برد الثمن- لم يكن له ذلك إلا برد الجميع

فلو رد بعضه لم يكن له الفسخ و ليس للمشترى التصرف فى المدفوع إليه لبقائه على ملك البائع و الظاهر أنه ضامن له لو تلف إذا دفعه إليه على وجه التمنية إلا أن يصرح بكونها أمانة عنده إلى أن يجتمع قدر الثمن فينفسخ البائع و لو شرط البائع الفسخ فى كل جزء برد ما يخصه من الثمن جاز الفسخ فيما قابل المدفوع و للمشترى خيار التبعيض إذا لم يفسخ البائع بقية المبيع و خرجت المدة و هل له ذلك قبل خروجها الوجه ذلك و يجوز اشتراط الفسخ فى الكل برد جزء معين من الثمن فى المدة بل بجزء غير معين فيبقى الباقى فى ذمة البائع بعد الفسخ.

الأمر الثامن كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذا يجوز للمشترى اشتراط الفسخ برد المثمن

و لا إشكال فى انصراف الإطلاق إلى العين و لا فى جواز التصريح برد بدله مع تلفه لأن مرجعه إلى اشتراط الخيار برد المبيع مع وجوده و بدله مع تلفه و عدم بقاء مال البائع عند المشترى بعد الفسخ و فى جواز اشتراط رد بدله و لو مع التمكن من العين إشكال من أنه خلاف مقتضى الفسخ لأن مقتضاه رجوع كل من العوضين إلى صاحبه فاشتراط البدل اشتراط للفسخ على وجه غير مشروع بل ليس فسخا فى الحقيقة. نعم لو اشترط رد التالف بالمثل فى القيمى و بالقيمة فى المثلى أمكن الجواز لأنه بمنزلة اشتراط إيفاء ما فى الذمة بغير جنسه لا اشتراط ضمان التالف المثلى بالقيمة و القيمى بالمثل و لا اشتراط رجوع غير ما اقتضاه العقد إلى البائع فتأمل و يجوز اشتراط الفسخ لكل منهما برد ما انتقل إليه أو بدله و الله العالم.

مسألة لا إشكال و لا خلاف- فى عدم اختصاص خيار الشرط بالبيع- و جريانه فى كل معاوضة لازمة

اشارة

المكاسب، ج۳، ص ۲۳۳

كالإجارة و الصلح و المزارعة و المساقاة بل قال فى التذكرة الأقرب عندى دخول خيار الشرط فى كل عقد معاوضة خلافا للجمهور. و مراده ما يكون لازما لأنه صرح بعدم دخوله فى الوكالة و الجعالة و القراض و العارية و الوديعة لأن الخيار لكل منهما دائما فلا معنى لدخول خيار الشرط فيه.

و الأصل فى ما ذكر عموم المؤمنون عند شروطهم

بل الظاهر المصرح به فى كلمات جماعة دخوله فى غير المعاوضات من العقود اللازمة و لو من طرف واحد بل إطلاقها يشمل العقود الجائزة إلا أن يدعى من الخارج عدم معنى للخيار فى العقد الجائز و لو من الطرف الواحد. فعن الشرائع و الإرشاد و الدروس و تعليق الإرشاد و مجمع البرهان و الكفاية دخول خيار الشرط فى كل عقد سوى النكاح و الوقف و الإبراء و الطلاق و العتق و ظاهرها ما عدا الجائز و لذا ذكر نحو هذه العبارة فى التحرير بعد ما منع الخيار فى العقود الجائزة و كيف كان فالظاهر عدم الخلاف بينهم فى أن مقتضى عموم أدلة الشرط الصحة فى الكل و إنما الإخراج لمانع. و لذا قال فى الدروس بعد حكاية المنع من دخول خيار الشرط فى الصرف عن الشيخ قدس سره أنه لم يعلم وجهه مع عموم صحيحة ابن سنان المؤمنون عند شروطهم

فالمهم هنا بيان ما خرج عن هذا العموم

اشارة

فنقول

أما الإيقاعات

فالظاهر عدم الخلاف فى عدم دخول الخيار فيها كما يرشد إليه استدلال الحلى فى السرائر على عدم دخوله فى الطلاق بخروجه عن العقود قيل لأن المفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما ينبه عليه جملة من الأخبار و الإيقاع إنما يقوم بواحد و فيه أن المستفاد من الأخبار كون الشرط قائما بشخصين المشروط له و المشروط عليه لا كونه متوقفا على الإيجاب و القبول أ لا ترى أنهم جوزوا أن يشترط فى إعتاق العبد خدمة مدة تمسكا بعموم المؤمنون عند شروطهم. غاية الأمر توقف لزومه كاشتراط مال على العبد على قبول العبد على قول بعض لكن هذا غير اشتراط وقوع الشرط بين الإيجاب و القبول فالأولى الاستدلال عليه مضافا إلى إمكان منع صدق الشرط و انصرافه خصوصا على ما تقدم عن القاموس بعدم مشروعية الفسخ فى الإيقاعات حتى تقبل لاشتراط التسلط على الفسخ فيها. و الرجوع فى العدة ليس فسخا للطلاق بل هو حكم شرعى فى بعض أقسامه لا يقبل الثبوت فى غير مورده بل و لا السقوط فى مورده و مرجع هذا إلى أن مشروعية الفسخ لا بد لها من دليل و قد وجد فى العقود من جهة مشروعية الإقالة و ثبوت خيار المجلس و الحيوان و غيرهما فى بعضها بخلاف الإيقاعات فإنه لم يعهد من الشارع تجويز نقض أثرها بعد وقوعها حتى يصح اشتراط ذلك فيها. و بالجملة فالشرط لا يجعل غير السبب الشرعى سببا فإذا لم يعلم كون الفسخ سببا لارتفاع الإيقاع أو علم عدمه بناء على أن اللزوم فى الإيقاعات حكم شرعى كالجواز فى العقود الجائزة فلا يصير سببا باشتراط التسلط عليه فى متن الإيقاع هذا كله مضافا إلى الإجماع عن المبسوط و نفى الخلاف عن السرائر على عدم دخوله فى العتق و الطلاق و إجماع المسالك على عدم دخوله فى العتق و الإبراء. و مما ذكرنا فى الإيقاع يمكن أن يمنع دخول الخيار فيما تضمن الإيقاع- و لو كان عقدا كالصلح المفيد فائدة الإبراء كما فى التحرير و جامع المقاصد و فى غاية المرام أن الصلح إن وقع معاوضة دخله خيار الشرط و إن وقع عما فى الذمة مع جهالته أو على إسقاط الدعوى قبل ثبوتها لم يدخله لأن مشروعيته لقطع المنازعة فقط و اشتراط الخيار لعود الخصومة ينافى مشروعيته و كل شرط ينافى مشروعية العقد غير لازم انتهى. و الكبرى المذكورة فى كلامه راجعة إلى ما ذكرنا فى وجه المنع عن الإيقاعات و لا أقل من الشك

فی ذلک الراجع إلی الشک فی سببیة الفسخ لرفع الإیقاع.

و أما العقود

اشارة

فمنها ما لا یدخله اتفاقا و منها ما اختلف فیه و منها ما یدخله اتفاقا.

فالأول النکاح

فإنه لا یدخله اتفاقا کما عن الخلاف و المبسوط و السرائر و جامع المقاصد و المسالک الإجماع علیه و لعله لتوقف ارتفاعه شرعا علی الطلاق و عدم مشروعیة التقایل فیه.

و من الثانی الوقف

فإن المشهور عدم دخوله فیه و عن المسالک أنه موضع وفاق و یظهر من محکی السرائر و الدروس وجود الخلاف فیه و ربما علل باشتراط القربة فیه و أنه فک ملک بغیر عوض و الکبری فی الصغریین ممنوعة. و یمکن الاستدلال له بالموثقة المذکورة فی مسألة شرط الواقف کونه أحق بالوقف عند الحاجة- و هی قوله ع: من أوقف أرضا ثم قال إن احتجت إلیها فأنا أحق بها ثم مات الرجل فإنها ترجع فی المیراث و قریب منها غیرها و فی دلالتها علی المدعی تأمل. و یظهر من المحکی عن المشایخ الثلاثة فی تلک المسألة- تجویز اشتراط الخیار فی الوقف و لعله المخالف الذی أشیر إلیه فی محکی السرائر و الدروس. و أما حکم الصدقة فالظاهر أنه حکم الوقف قال فی التذکرة فی باب الوقف إنه یشترط فی الوقف الإلزام فلا یقع لو شرط الخیار فیه لنفسه و یکون الوقف باطلا کالعتق و الصدقة انتهی. لکن قال فی باب خیار الشرط أما الهبة المقبوضة فإن کانت لأجنبی غیر معوض عنها و لا قصد بها القربة و لا تصرف المتهب یجوز للواهب الرجوع فیها و إن اختل أحد القیود لزمت و هل یدخلها خیار الشرط الأقرب ذلک انتهی. و ظاهره دخول الخیار فی الهبة اللازمة حتی الصدقة و کیف کان فالأقوی عدم دخوله فیها لعموم ما دل علی أنه لا یرجع فیما کان لله- بناء علی أن المستفاد منه کون اللزوم حکما شرعیا لماهیة الصدقة نظیر الجواز للعقود الجائزة و لو شک فی ذلک کفی فی عدم سببیة الفسخ التی یتوقف صحة اشتراط الخیار علیها و توهم إمکان إثبات السببیة بنفس دلیل الشرط واضح الاندفاع. و منه الصلح فإن الظاهر المصرح به فی کلام جماعة کالعلامة فی التذکرة دخول الخیار فیه مطلقا بل عن المهذب البارع فی باب الصلح الإجماع علی دخوله فیه بقول مطلق و ظاهر المبسوط کالمحکی عن الخلاف عدم دخوله فیه مطلقا و قد تقدم التفصیل عن التحریر- و جامع المقاصد و غایة المرام و لا یخلو عن قرب لما تقدم من الشک فی سببیة الفسخ لرفع الإبراء أو ما

المکاسب، ج۳، ص ۲۳۴

یفید فائدته. و منه الضمان فإن المحکی عن ضمان التذکرة و القواعد عدم دخول خیار الشرط فیه و هو ظاهر المبسوط و الأقوی دخوله فیه لو قلنا بالتقایل فیه. و منه الرهن فإن المصرح به فی غایة المرام عدم ثبوت الخیار للراهن لأن الرهن وثیقة للدین و الخیار ینافی الاستیثاق و لعله لذا استشکل فی التحریر و هو ظاهر المبسوط و مرجعه إلی أن مقتضی طبیعة الرهن شرعا بل عرفا کونها وثیقة و الخیار مناف لذلک و فیه أن غایة الأمر کون وضعه علی اللزوم فلا ینافی جواز جعل الخیار بتراضی الطرفین. و منه الصرف فإن صریح المبسوط و الغنیة و السرائر عدم دخول خیار الشرط فیه مدعین علی ذلک الإجماع و لعله لما ذکره فی التذکرة للشافعی المانع عن دخوله فی الصرف و السلم من أن المقصود من اعتبار التقابض فیهما أن یفترقا و لا یبقی بینهما علقة و لو أثبتنا الخیار بقیت العلقة و الملازمة ممنوعة کما فی التذکرة و لذا جزم فیها بدخوله فی الصرف و إن استشکله أولا کما فی القواعد.

و من الثالث أقسام البيع ما عدا الصرف و مطلق الإجارة و المزارعة و المساقاة

و غير ما ذكر من موارد الخلاف فإن الظاهر عدم الخلاف فيها.

[هل يدخل خيار الشرط فى القسمة]

و اعلم أنه ذكر فى التذكرة تبعا للمبسوط دخول خيار الشرط فى القسمة- و إن لم يكن فيها رد و لا يتصور إلا بأن يشترط الخيار فى التراضى القولى بالسهام. و أما التراضى الفعلى فلا يتصور دخول خيار الشرط فيه بناء على وجوب ذكر الشرط فى متن العقد و منه يظهر عدم جريان هذا الخيار فى المعاطاة و إن قلنا بلزومها من أول الأمر أو بعد التلف و السر فى ذلك أن الشرط القولى- لا يمكن ارتباطه بالإنشاء الفعلى و ذكر فيهما أيضا دخول الخيار فى الصداق و لعله لمشروعية الفسخ فيه فى بعض المقامات كما إذا زوجها الولى بدون مهر المثل و فيه نظر و ذكر فى المبسوط أيضا دخول هذا الخيار فى السبق و الرماية للعموم. أقول و الأظهر بحسب القواعد إناطة دخول خيار الشرط بصحة التقايل فى العقد فمتى شرع التقايل مع التراضى بعد العقد جاز تراضيهما حين العقد على سلطنة أحدهما أو كليهما على الفسخ فإن إقدامه على ذلك حين العقد كاف فى ذلك بعد ما وجب عليه شرعا القيام و الوفاء بما شرطه على نفسه فيكون أمر الشارع إياه بعد العقد بالرضا بما يفعله صاحبه من الفسخ و الالتزام و عدم الاعتراض عليه قائما مقام رضاه الفعلى بفعل صاحبه و إن لم يرض فعلا و أما إذا لم يصح التقايل فيه لم يصح اشتراط الخيار فيه لأنه إذا لم يثبت تأثير الفسخ بعد العقد عن تراض منهما فالالتزام حين العقد لسلطنة أحدهما عليه لا يحدث له أثرا لما عرفت من أن الالتزام حين العقد لا يفيد إلا فائدة الرضا الفعلى بعد العقد بفسخ صاحبه و لا يجعل الفسخ مؤثرا شرعيا و الله العالم

الرابع خيار الغبن

[الغبن لغة و اصطلاحا]

و أصله الخديعة قال فى الصحاح هو بالتسكين فى البيع و الغبن بالتحريك فى الرأى و هو فى اصطلاح الفقهاء- تمليك ماله بما يزيد على قيمته مع جهل الآخر و تسمية المملك غابنا و الآخر مغبونا مع أنه قد لا يكون خدع أصلا كما لو كانا جاهلين لأجل غلبة صدور هذه المعاوضة على وجه الخدع. و المراد بما يزيد أو ينقص العوض مع ملاحظة ما انضم إليه من الشرط- فلو باع ما يساوى مائة دينار بأقل منه مع اشتراط الخيار للبائع فلا غبن لأن المبيع ببيع الخيار ينقص ثمنه عن المبيع بالبيع اللازم و هكذا غيره من الشروط و الظاهر أن كون الزيادة مما لا يتسامح به شرط خارج عن مفهومه بخلاف الجهل بقيمته ثم إن ثبوت الخيار به مع الشرط المذكور هو المعروف بين الأصحاب- و نسبه فى التذكرة إلى علمائنا و عن نهج الحق نسبته إلى الإمامية و عن الغنية و المختلف الإجماع عليه صريحا. نعم المحكى عن المحقق قدس سره فى درسه إنكاره و لا يعد ذلك خلافا فى المسألة كسكوت جماعة عن التعرض له. نعم حكى عن الإسكافى منعه و هو شاذ

و استدل فى التذكرة على هذا الخيار بقوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ

قال و معلوم أن المغبون لو عرف الحال لم يرض و توجيهه أن رضا المغبون بكون ما يأخذه عوضا عما يدفعه مبنى على عنوان مفقود

و هو عدم نقصه عنه فى المالية فكأنه قال اشتريت هذا الذى يساوى درهما بدرهم فإذا تبين أنه لا يساوى درهما تبين أنه لم يكن راضيا به عوضا لكن لما كان المقصود صفة من صفات المبيع لم يكن تبين فقده كاشفا عن بطلان البيع بأن كان كسائر الصفات المقصودة التى لا يوجب تبين فقدها إلا الخيار فرارا عن استلزام لزوم المعاملة إلزامه بما لم يلتزم و لم يرض به. فالآية إنما تدل على عدم لزوم العقد فإذا حصل التراضى بالعوض غير المساوى كان كالرضا السابق لفحوى حكم الفضولى و المكره و يضعف بمنع كون الوصف المذكور عنوانا بل ليس إلا من قبيل الداعى الذى لا يوجب تخلفه شيئا بل قد لا يكون داعيا أيضا كما إذا كان المقصود ذات المبيع من دون ملاحظة مقدار ماليته فقد يقدم على أخذ الشىء و إن كان ثمنه أضعاف قيمته و التفت إلى احتمال ذلك مع أن أخذه على وجه التقييد لا يوجب خيارا إذا لم يذكر فى متن العقد

[الأولى الاستدلال عليه بآية و لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل]

و لو أبدل قدس سره هذه الآية بقوله تعالى لا تَأْكُلُوا أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ كان أولى بناء على أن أكل المال على وجه الخدع ببيع ما يسوى درهما بعشرة مع عدم تسلط المخدوع بعد تبين خدعه على رد المعاملة و عدم نفوذ رده أكل المال بالباطل أما مع رضاه بعد التبين بذلك فلا يعد أكلا بالباطل. و مقتضى الآية و إن كان حرمة الأكل حتى قبل تبين الخدع إلا أنه خرج بالإجماع و بقى ما بعد اطلاع المغبون و رده للمعاملة لكن يعارض الآية ظاهر قوله تعالى إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ بناء على ما ذكرنا من عدم خروج ذلك عن موضوع التراضى فمع التكافؤ يرجع إلى أصالة اللزوم إلا أن يقال إن التراضى مع الجهل بالحال يخرج عن كون أكل الغابن لمال المغبون الجاهل أكلا بالباطل و يمكن أن يقال إن آية التراضى تشمل غير صورة الخدع كما إذا أقدم المغبون على شراء العين محتملا لكونه بأضعاف قيمته فيدل على نفى الخيار فى هذه الصورة من دون معارضة

المكاسب، ج۳، ص ۲۳۵

فيثبت عدم الخيار فى الباقى بعدم القول بالفصل فتعارض مع آية النهى المختصة بصورة الخدع الشاملة غيرها بعدم القول بالفصل فيرجع بعد تعارضهما بضميمة عدم القول بالفصل و تكافؤهما إلى أصالة اللزوم.

[ما استدل به فى التذكرة و المناقشة فيه]

و استدل أيضا فى التذكرة بأن النبى ص أثبت الخيار فى تلقى الركبان و إنما أثبته للغبن و يمكن أن يمنع صحة حكاية إثبات الخيار لعدم وجودها فى الكتب المعروفة بين الإمامية ليقبل ضعفه الانجبار بالعمل.

[الاستدلال بلا ضرر و ضرار]

و أقوى ما استدل به على ذلك فى التذكرة و غيرها- قوله ص: لا ضرر و لا ضرار فى الإسلام و كان وجه الاستدلال إن لزوم مثل هذا البيع و عدم تسلط المغبون على فسخه ضرر عليه و إضرار به فيكون منفيا.

فحاصل الرواية أن الشارع لم يحكم بحكم يكون فيه الضرر و لم يسوغ إضرار المسلمين بعضهم بعضا و لم يمض لهم من المتصرفات ما فيه ضرر على الممضى عليه.

و منه يظهر صحة التمسك لتزلزل كل عقد يكون لزومه ضررا على الممضى عليه سواء كان من جهة الغبن أم لا و سواء كان فى البيع

أم فی غیره کالصلح غیر المبنی علی المسامحهٔ و الإجارهٔ و غیرها من المعاوضات هذا و لکن یمکن الخدشهٔ فی ذلک بأن انتفاء اللزوم و ثبوت التزلزل فی العقد لا یستلزم ثبوت الخیار للمغبون بین الرد و الإمضاء بکل الثمن إذ یحتمل أن یتخیر بین إمضاء العقد بکل الثمن و رده فی المقدار الزائد غایهٔ الأمر ثبوت الخیار للغابن لتبعض المال علیه فیکون حال المغبون حال المریض إذا اشتری بأزید من ثمن المثل و حاله بعد العلم بالقیمهٔ حال الوارث إذا مات ذلک المریض المشتری فی أن له استرداد الزیادهٔ من دون رد جزء من العوض کما علیه الأکثر فی معاوضات المریض المشتملهٔ علی المحاباهٔ و إن اعترض علیهم العلامهٔ بما حاصله أن استرداد بعض أحد العوضین من دون رد بعض الآخر ینافی مقتضی المعاوضهٔ. و یحتمل أیضا أن یکون نفی اللزوم- بتسلط المغبون علی إلزام الغابن بأحد الأمرین من الفسخ فی الکل و من تدارک ما فات علی المغبون برد القدر الزائد أو بدله و مرجعه إلی أن للمغبون الفسخ إذا لم یبذل الغابن التفاوت فالمبذول غرامهٔ لما فات علی المغبون علی تقدیر إمضاء البیع لا هبهٔ مستقلهٔ کما فی الإیضاح و جامع المقاصد حیث انتصرا للمشهور القائلین بعدم سقوط الخیار ببذل الغابن للتفاوت بأن الهبهٔ المستقلهٔ لا تخرج المعاملهٔ عن الغبن الموجب للخیار و سیجیء ذلک. و ما ذکرنا نظیر ما اختاره العلامهٔ فی التذکرهٔ و احتمله فی القواعد من أنه إذا ظهر کذب البائع مرابحهٔ فی إخباره برأس المال فبذل المقدار الزائد مع ربحه فلا خیار للمشتری فإن مرجع هذا إلی تخییر البائع بین رد التفاوت و بین الالتزام بفسخ المشتری. و حاصل الاحتمالین عدم الخیار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت فالمتیقن من ثبوت الخیار له صورهٔ امتناع الغابن من البذل و لعل هذا هو الوجه فی استشکال العلامهٔ فی التذکرهٔ فی ثبوت الخیار مع البذل بل قول بعض بعدمه کما یظهر من الریاض ثم إن المبذول لیس هبهٔ مستقلهٔ حتی یقال إنها لا یخرج المعاملهٔ المشتملهٔ علی الغبن عن کونها مشتملهٔ علیه و لا جزء من أحد العوضین حتی یکون استرداده مع العوض الآخر جمعا بین جزء المعوض و تمام العوض منافیا لمقتضی المعاوضهٔ بل هو غرامهٔ لما أتلفه الغابن علیه من الزیادهٔ بالمعاملهٔ الغبنیهٔ فلا یعتبر کونه من عین الثمن نظیر الأرش فی المعیب.

[ما استدل به علی عدم سقوط الخیار مع البذل و المناقشهٔ فیه]

و من هنا ظهر الخدشهٔ فیما فی الإیضاح و جامع المقاصد من الاستدلال علی عدم السقوط مع البذل بعد الاستصحاب بأن بذل التفاوت لا یخرج المعاملهٔ عن کونها غبنیهٔ لأنها هبهٔ مستقلهٔ حتی أنه لو دفعه علی وجه الاستحقاق لم یحل أخذه إذ لا ریب فی أن من قبل هبهٔ الغابن لا یسقط خیاره انتهی بمعناه وجه الخدشهٔ ما تقدم من احتمال کون المبذول غرامهٔ لما أتلفه الغابن علی المغبون قد دل علیه نفی الضرر. و أما الاستصحاب ففیه أن الشک فی اندفاع الخیار بالبذل لا فی ارتفاعه به إذ من المحتمل ثبوت الخیار علی الممتنع دون الباذل- ثم إن الظاهر أن تدارک ضرر المغبون بأحد الاحتمالین المذکورین أولی من إثبات الخیار له لأن إلزام الغابن بالفسخ ضرر لتعلق غرض الناس بما ینتقل إلیهم من أعواض أموالهم خصوصا النقود و نقض الغرض ضرر و إن لم یبلغ حد المعارضهٔ لضرر المغبون إلا أنه یصلح مرجحا لأحد الاحتمالین المذکورین علی ما اشتهر من تخییره بین الرد و الإمضاء بکل الثمن إلا أن یعارض ذلک بأن غرض المغبون قد یتعلق بتملک عین ذات قیمهٔ لکون المقصود اقتناءها للتجمل و قد یستنکف عن اقتناء ذات القیمهٔ الیسیرهٔ للتجمل فتأمل.

و قد یستدل علی الخیار بأخبار واردهٔ فی حکم الغبن

اشارهٔ

فعن الکافی بسنده إلی إسحاق بن عمار عن أبی عبد الله ع قال: غبن المسترسل سحت و عن المیسر عن أبی عبد الله ع قال: غبن

المؤمن حرام و فی روایهٔ أخری: لا تغبن المسترسل فإن غبنه لا یحل و عن مجمع البحرین أن الاسترسال الاستیناس و الطمأنینهٔ إلی الإنسان و الثقهٔ به فیما یحدثه و أصله السکون و الثبات و منه الحدیث: أیما مسلم استرسل إلی مسلم فغبنه فهو کذا و منه غبن المسترسل سحت انتهی. و یظهر منه أن ما ذکره أو لا حدیث رابع

و الإنصاف عدم دلالتها علی المدعی

فإن ما عدا الروایهٔ الأولی ظاهره فی حرمهٔ الخیانهٔ فی المشاورهٔ فیحتمل کون الغبن بفتح الباء و أما الروایهٔ الأولی فهی و إن کانت ظاهرهٔ فیما یتعلق بالأموال لکن یحتمل حینئذ أن یراد کون الغابن بمنزلهٔ آکل السحت فی استحقاق العقاب علی أصل العمل و الخدیعهٔ فی أخذ المال و یحتمل أن یراد کون المقدار الذی یأخذه زائدا علی ما یستحقه بمنزلهٔ السحت فی الحرمهٔ و الضمان و یحتمل إرادهٔ کون مجموع العوض المشتمل علی الزیادهٔ بمنزلهٔ السحت فی تحریم الأکل فی صورهٔ خاصهٔ و هی اطلاع المغبون و رده للمعاملهٔ المغبون فیها و لا ریب أن الحمل علی أحد الأولین أولی و لا أقل من السماوات للثالث فلا دلالهٔ

فالعمدهٔ فی المسألهٔ الإجماع

المحکی المعتضد بالشهرهٔ المحققهٔ و حدیث نفی الضرر بالنسبهٔ إلی خصوص الممتنع عن بذل التفاوت

ثم إن تنقیح هذا المطلب یتم برسم مسائل

مسألهٔ یشترط فی هذا الخیار أمران

الأول عدم علم المغبون بالقیمهٔ

فلو علم بالقیمهٔ فلا

المکاسب، ج۳، ص ۲۳۶

خیار- بل لا غبن کما عرفت بلا خلاف و لا إشکال لأنه أقدم علی الضرر ثم إن الظاهر عدم الفرق بین کونه غافلا من القیمهٔ بالمرهٔ أو ملتفتا إلیها و لا بین کونه مسبوقا بالعلم و عدمه و لا بین الجهل المرکب و البسیط مع الظن بعدم الزیادهٔ و النقیصهٔ أو الظن بهما أو الشک. و یشکل فی الأخیرین إذا أقدم علی المعاملهٔ بانیا علی المسامحهٔ علی تقدیر الزیادهٔ و النقیصهٔ فهو کالعالم بل الشاک فی الشیء إذا أقدم علیه بانیا علی تحمله فهو فی حکم العالم من حیث استحقاق المدح علیه أو الذم و من حیث عدم معذوریته لو کان ذلک الشیء مما یعذر الغافل فیه. و الحاصل أن الشاک الملتفت إلی الضرر مقدم علیه و من أن مقتضی عموم نفی الضرر و إطلاق الإجماع المحکی ثبوته بمجرد تحقق الضرر خرج المقدم علیه عن علم بل مطلق الشاک لیس مقدما علی الضرر بل قد یقدم برجاء عدمه و مساواته للعالم فی الآثار ممنوعهٔ حتی فی استحقاق المدح و الذم لو کان المشکوک مما یترتب علیه ذلک عند الإقدام علیه و لذا قد یحصل للشاک بعد اطلاعه علی الغبن حالهٔ أخری لو حصلت له قبل العقد لم یقدم علیه. نعم لو صرح فی العقد بالالتزام به و لو علی تقدیر ظهور الغبن کان ذلک راجعا إلی إسقاط الغبن. و مما ذکرنا یظهر ثبوت الخیار للجاهل و إن کان قادرا علی السؤال کما صرح به فی التحریر و التذکرهٔ و لو أقدم عالما علی غبن یتسامح به فبان أزید بما لا یتسامح بالمجموع منه و من المعلوم فلا یبعد الخیار و لو أقدم علی ما لا یتسامح فبان أزید بما یتسامح به منفردا أو بما لا یتسامح ففی الخیار وجه ثم إن المعتبر القیمهٔ حال العقد

فلو زادت بعده و لو قبل اطلاع المغبون على النقصان حين العقد لم ينفع- لأن الزيادة إنما حصلت فى ملكه و المعاملة وقعت على الغبن و يحتمل عدم الخيار حينئذ لأن التدارك حصل قبل الرد فلا يثبت الرد المشروع لتدارك الضرر كما لو برىء المعيوب قبل الاطلاع على عيبه بل فى التذكرة أنه مهما زال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد و أشكل منه ما لو توقف الملك على القبض فارتفع الغبن قبله لأن الملك قد انتقل إليه حينئذ من دون نقص فى قيمته. نعم لو قلنا بوجوب التقابض بمجرد العقد كما صرح به العلامة فى الصرف يثبت الخيار لثبوت الضرر بوجوب إقباض الزائد فى مقابلة الناقص لكن ظاهر المشهور عدم وجوب التقابض و لو ثبت الزيادة أو النقيصة بعد العقد فإنه لا عبرة بهما إجماعا كما فى التذكرة ثم إنه لا عبرة بعلم الوكيل فى مجرد العقد بل العبرة بعلم الموكل و جهله. نعم لو كان وكيلا فى المعاملة و المساومة فمع علمه و فرض صحة المعاملة حينئذ لا خيار للموكل و مع جهله يثبت الخيار للموكل إلا أن يكون عالما بالقيمة و بأن وكيله يعقد على أزيد منها و يقرره له و إذا ثبت الخيار فى عقد الوكيل فهو للموكل خاصة إلا أن يكون وكيلا مطلقا بحيث يشمل مثل الفسخ فإنه كالولى حينئذ و قد مر ذلك مشروحا فى خيار المجلس- ثم إن الجهل إنما يثبت باعتراف الغابن و بالبينة إن تحققت و بقول مدعيه مع اليمين لأصالة عدم العلم الحاكمة على أصالة اللزوم- مع أنه قد يتعسر إقامة البينة على الجهل و لا يمكن للغابن الحلف على علمه لجهله بالحال فتأمل هذا كله إذا لم يكن المغبون من أهل الخبرة- بحيث لا يخفى عليه القيمة إلا لعارض من غفلة أو غيرها و إلا فلا يقبل قوله كما فى الجامع و المسالك و قد يشكل بأن هذا إنما يوجب عدم قبول قوله من حيث تقديم الظاهر على الأصل فغاية الأمر أن يصير مدعيا من جهة مخالفة قوله للظاهر لكن المدعى لما تعسر إقامة البينة عليه و لا يعرف إلا من قبله يقبل قوله مع اليمين فليكن هذا من هذا القبيل إلا أن يقال إن مقتضى تقديم الظاهر جعل مدعيه مقبول القول بيمينه لا جعل مخالفه مدعيا يجرى عليه جميع أحكام المدعى حتى فى قبول قوله إذا تعسر عليه إقامة البينة. أ لا ترى أنهم لم يحكموا بقبول قول مدعى فساد العقد إذا تعسر عليه إقامة البينة على سبب الفساد هذا مع أن عموم تلك القاعدة ثم اندراج المسألة فيها محل تأمل و لو اختلفا فى القيمة وقت العقد أو فى القيمة بعده مع تعذر الاستعلام فالقول قول منكر سبب الغبن لأصالة عدم التغير و أصالة اللزوم.

و منه يظهر حكم ما لو اتفقا على التغير و اختلفا فى تاريخ العقد و لو علم تاريخ التغير فالأصل و إن اقتضى تأخر العقد الواقع على الزائد عن القيمة إلا أنه لا يثبت به وقوع العقد على الزائد حتى يثبت العقد.

الأمر الثانى كون التفاوت فاحشا

فالواحد بل الاثنان فى العشرين لا- يوجب الغبن وحده عندنا كما فى التذكرة ما لا يتغابن الناس بمثله و حكى فيها عن مالك أن التفاوت بالثلث لا يوجب الخيار و إن كان بأكثر من الثلث أوجبه و رده بأنه تخمين لم يشهد له أصل فى الشرع انتهى. و الظاهر أنه لا إشكال فى كون التفاوت بالثلث بل الربع فاحشا. نعم الإشكال فى الخمس و لا يبعد دعوى عدم مسامحة الناس فيه كما سيجىء التصريح من المحقق القمى فى تصويره لغبن كلا- المتبايعين ثم الظاهر أن المرجع عند الشك فى ذلك هو أصالة ثبوت الخيار لأنه ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه و يحتمل الرجوع إلى أصالة اللزوم لأن الخارج هو الضرر الذى يتفاحش فيه لا مطلق الضرر.

بقى هنا شىء و هو أن ظاهر الأصحاب و غيرهم أن المناط فى الضرر الموجب للخيار كون المعاملة ضررية

مع قطع النظر عن ملاحظة حال أشخاص المتبايعين و لذا حدوه بما لا يتغابن به الناس أو بالزائد على الثلث كما عرفت عن بعض العامة و ظاهر حديث نفى الضرر المستدل عليه فى أبواب الفقه ملاحظة الضرر بالنسبة إلى شخص الواقعة و لذا استدلوا به على عدم وجوب شراء ماء الوضوء بمبلغ كثير إذا أضر بالمكلف و وجوب شرائه بذلك المبلغ على من لا يضر به ذلك مع أن أصل شراء الماء بأضعاف قيمته معاملة ضررية فى حق الكل. و الحاصل أن العبرة إذا كان بالضرر المالى لم يجب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته و إن كانت

بالضـرر الحالی تعین التفصیل فی خیار الغبن بین ما یضر بحال المغبون و غیره و الأظهر اعتبار الضرر المالی لأنه ضرر فی نفسه من غیر مدخلیة لحال الشخص و تحمله فی بعض المقامات إنما خرج بالنص

المکاسب، ج۳، ص ۲۳۷ و لـذا أجـاب فی المعتبر عن الشـافعی المنکر لوجوب الوضوء فی الفرض المـذکور بـأن الضـرر لا یعتبر مع معارضـة النص. و یمکن أیضـا أن یلتزم الضـرر المالی فی مقام التکلیف لا لتخصـیص عموم نفی الضـرر بالنص بل لعـدم کونه ضـررا بملاحظة ما بإزائه من الأجر کما یشیر إلیه قوله ع: بعد شرائه ع ماء وضوئه بأضعاف قیمته إن ما یشتری به مال کثیر. نعم لو کان الضرر مجحفا بالمکلف انتفی بأدلة نفی الحرج لا دلیل نفی الضرر فنفی الضرر المالی فی التکالیف لا یکون إلا إذا کان تحمله حرجا.

[تصویر الغبن من الطرفین و الإشکال فیه]

اشارة

إشـکال ذکر فی الروضـة و المسالک تبعا لجامع المقاصد فی أقسام الغبن أن المغبون إما أن یکون هو البائع أو المشتری أو هما انتهی فیقع الإشـکال فی تصور غبن کل من المتبایعین معا. و المحکی عن بعض الفضـلاء فی تعلیقه علی الروضة- ما حاصـله استحالة ذلک حیث قـال قـد عرفت أن الغبن فی طرف البائع إنما هو إذا باع بأقل من القیمـة السوقیـة و فی طرف المشتری إذا اشتری بأزیـد منها و لا یتفـاوت الحـال بکون الثمن و المثمن من الأثمـان أو العروض أو مختلفین و حینئـذ فلا یعقل کونهما معا مغبونین و إلا لزم کون الثمن أقل من القیمة السوقیة و أکثر و هو محال فتأمل انتهی

و قد تعرض غیر واحد ممن قارب عصرنا لتصویر ذلک فی بعض الفروض

منها ما ذکره المحقق القمی

اشارة

صاحب القوانین فی جواب من سأله عن هـذه العبارة من الروضة قال إنها تفرض فیما إذا باع متاعه بأربعة توأمین من الفلوس أن یعطیه عنها ثمانیة دنانیر معتقدا أنها یسوی بأربعة توأمین ثم تبین أن المتاع یسوی خمسة توأمین و أن الدنانیر یسوی خمسة توأمین إلا خمسا فصـار البائع مغبونا من کون الثمن أقل من القیمـة السوقیـة بخمس تومان و المشتری مغبونا من جهـة زیادة الـدنانیر علی أربعـة توأمین فالبائع مغبون فی أصل البیع و المشتری مغبون فی ما التزمه من إعطاء الدنانیر عن الثمن و إن لم یکن مغبونا فی أصل البیع انتهی.

[المناقشة فی ما ذکره المحقق القمی]

أقول الظاهر أن مثل هـذا البیع المشـروط بهذا الشـرط یلاحظ فیه حاصل ما یصل إلی البائع بسـبب مجموع العقد و الشـرط کما لو باع شیئا یسوی خمسـة دراهم بـدرهمین علی أن یخیط له ثوبا مع فرض کون أجرة الخیاطة ثلاثة دراهم و من هنا یقال إن للشـروط قسـطا من العوض و إن أبیت إلا عن أن الشـرط معاملة مستقلة و لا مدخل له فی زیادة الثمن و خرج ذلک عن فرض غبن کل من المتبایعین فی معاملة واحدة لکن الحق ما ذکرنا من وحدة المعاملة و کون الغبن من طرف واحد.

و منها ما ذکره بعض المعاصرین من فرض المسألة

فیما إذا باع شـیئین فی عقد واحد بثمنین فغبن البائع فی أحدهما و المشتری فی الآخر. و هذا الجواب قریب من سابقه فی الضعف لأنه

إن جاز التفكيك بينهما عند فرض ثبوت الغبن لأحدهما خاصة حتى يجوز له الفسخ فى العين المغبون فيها خاصة فهما معاملتان مستقلتان كان الغبن فى كل واحدة منها لأحدهما خاصة فلا وجه لجعل هذا قسما ثالثا لقسمى غبن البائع خاصة و المشترى خاصة و إن لم يجز التفكيك بينهما لم يكن غبن أصلا مع تساوى الزيادة فى أحدهما للنقيصة فى الآخر و مع عدم المساواة فالغبن من طرف واحد.

و منها أن يراد بالغبن فى المقسم معناه الأعم الشامل لصورة خروج العين المشاهدة سابقا

على خلاف ما شاهده أو خروج ما أخبر البائع بوزنه على خلاف خبره. و قد أطلق الغبن على هذا المعنى الأعم العلامة فى القواعد و الشهيد فى اللمعة و على هذا المعنى الأعم تحقق الغبن فى كل منهما و هذا أحسن لكن ظاهر عبارة الشهيد و المحقق الثانيين إرادة ما عنون به هذا الخيار و هو الغبن بالمعنى الأخص على ما فسروه به.

و منها ما ذكره بعض من أنه يحصل بفرض المتبايعين وقت العقد فى مكانين

كما إذا حصر العسكر البلد و فرض قيمة الطعام خارج البلد ضعف قيمته فى البلد فاشترى بعض أهل البلد من وراء سور البلد طعاما من العسكر بثمن متوسط بين القيمتين فالمشترى مغبون لزيادة الثمن على قيمة الطعام فى مكانه و البائع مغبون لنقصانه عن القيمة فى مكانه و يمكن رده بأن المبيع بعد العقد باق على قيمته حين العقد و لا غبن فيه للمشترى ما دام فى محل العقد و إنما نزلت قيمته بقبض المشترى و نقله إياه إلى مكان الرخص. و بالجملة الطعام عند العقد لا يكون إلا فى محل واحد له قيمة واحدة.

و منها ما ذكره فى مفتاح الكرامة من فرضه فيما إذا ادعى كل من المتبايعين الغبن

كما إذا بيع ثوب بفرس بظن المساواة ثم ادعى كل منهما نقص ما فى يده عما فى يد الآخر و لم يوجد المقوم ليرجع إليه فتحالفا فيثبت الغبن لكل منهما فيما وصل إليه و قال و يتصور غبنهما فى أحد العوضين- كما لو تبايعا شيئا بمائة درهم ثم ادعى البائع كونه يسوى بمائتين و المشترى كونه لا يسوى إلا بخمسين و لا مقوم يرجع إليه فيتحالفان و يثبت الفسخ لكل منهما انتهى. و فيه أن الظاهر أن لازم التحالف عدم الغبن فى المعاملة أصلا مع أن الكلام فى الغبن الواقعى دون الظاهرى.

و الأولى من هذه الوجوه هو الوجه الثالث و الله العالم.

مسألة ظهور الغبن شرط شرعى لحدوث الخيار أو كاشف عقلى عن ثبوته حين العقد

وجهان منشأهما اختلاف كلمات العلماء فى فتاويهم و معاقد إجماعهم و استدلالاتهم فظاهر عبارة المبسوط و الغنية و الشرائع و غيرها هو الأول و فى الغنية الإجماع على أن ظهور الغبن سبب للخيار و ظاهر كلمات آخرين الثانى و فى التذكرة أن الغبن سبب لثبوت الخيار عند علمائنا و قولهم لا يسقط هذا الخيار بالتصرف فإن المراد التصرف قبل العلم بالغبن و عدم سقوطه ظاهر فى ثبوته. و مما يؤيد الأول أنهم اختلفوا فى صحة التصرفات الناقلة فى زمان الخيار و لم يحكموا ببطلان التصرفات الواقعة من الغابن حين جهل المغبون بل صرح بعضهم بنفوذها و انتقال المغبون بعد ظهور غبنه إلى البدل. و يؤيده أيضا الاستدلال فى التذكرة و الغنية على هذا الخيار بقوله ص فى حديث تلقى الركبان إنهم بالخيار إذا دخلوا السوق فإن ظاهره حدوث الخيار بعد الدخول الموجب لظهور الغبن هذا و لكن لا يخفى إمكان إرجاع الكلمات إلى أحد الوجهين بتوجيه ما كان منها ظاهرا فى المعنى الآخر. و توضيح ذلك أنه إن أريد بالخيار السلطنة الفعلية التى يقتدر بها على الفسخ و الإمضاء قولا أو فعلا فلا يحدث إلا بعد

المكاسب، ج۳، ص ۲۳۸

ظهور الغبن و إن أريد ثبوت حق للمغبون لو علم به لقام بمقتضاه فهو ثابت قبل العلم و إنما يتوقف على العلم إعمال هذا الحق فيكون حال الجاهل بموضوع الغبن كالجاهل بحكمه أو بحكم خيارى المجلس أو الحيوان أو غيرهما ثم إن الآثار المجعولة للخيار- بين ما يترتب على تلك السلطنة الفعلية كالسقوط بالتصرف فإنه لا يكون إلا بعد ظهور الغبن فلا يسقط قبله كما سيجيء. و منه التلف فإن الظاهر أنه قبل ظهور الغبن من المغبون اتفاقا لو قلنا بعموم قاعدة كون التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له لمثل خيار الغبن كما جزم به بعض و تردد فيه آخر و بين ما يترتب على ذلك الحق الواقعى كإسقاطه بعد العقد قبل ظهوره و بين ما يتردد بين الأمرين كالتصرفات الناقلة فإن تعليلهم المنع عنها بكونها مفوتة لحق ذى الخيار من العين ظاهر فى ترتب المنع على وجود نفس الحق و إن لم يعلم به. و حكم بعض من منع من التصرف فى زمان الخيار بمضى التصرفات الواقعة من الغابن قبل علم المغبون يظهر منه أن المنع لأجل التسلط الفعلى و المتبع دليل كل واحد من تلك الآثار فقد يظهر منه ترتب الأثر على نفس الحق الواقعى و لو كان مجهولا لصاحبه و قد يظهر منه ترتبه على السلطنة الفعلية و تظهر ثمرة الوجهين أيضا فيما لو فسخ المغبون الجاهل اقتراحا أو بظن وجود سبب معدوم فى الواقع فصادف الغبن ثم إن ما ذكرناه فى الغبن من الوجهين جار فى العيب. و قد يستظهر من عبارة القواعد فى باب التدليس الوجه الأول قال و كذا يعنى لا رد لو تعيبت الأمة المدلسة عنده قبل علمه بالتدليس انتهى فإنه ذكر فى جامع المقاصد أنه لا فرق بين تعيبها قبل العلم و بعده لأن العيب مضمون على المشترى ثم قال إلا أن يقال إن العيب بعد العلم غير مضمون على المشترى لثبوت الخيار و ظاهره عدم ثبوت الخيار قبل العلم بالعيب لكون العيب فى زمان الخيار مضمونا على من لا خيار له لكن الاستظهار المذكور مبنى على شمول قاعدة التلف ممن لا خيار له لخيار العيب و سيجيء عدم العموم إن شاء الله و أما خيار الرؤية فسيأتى أن ظاهر التذكرة حدوثه بالرؤية فلا يجوز إسقاطه قبلها.

مسألة يسقط هذا الخيار بأمور

أحدها إسقاطه بعد العقد

و هو قد يكون بعد العلم بالغبن فلا إشكال فى صحة إسقاطه بلا عوض مع العلم بمرتبة الغبن و لا مع الجهل بها إذا سقط الغبن المسبب عن أى مرتبة كان فاحشا كان أو أفحش و لو أسقطه بزعم كون التفاوت عشرة فظهر مائة ففى السقوط وجهان من عدم طيب نفسه بسقوط هذا المقدار من الحق كما لو أسقط حق عرض بزعم أنه شتم لا يبلغ القذف فتبين كونه قذفا و من أن الخيار أمر واحد- مسبب عن مطلق التفاوت الذى لا يتسامح به و لا تعدد فيه فيسقط بمجرد الإسقاط و القذف و ما دونه من الشتم حقان مختلفان و أما الإسقاط بعوض بمعنى المصالحة عنه به فلا إشكال فيه مع العلم بمرتبة الغبن أو التصريح بعموم المراتب و لو أطلق و كان للإطلاق منصرف كما لو صالح عن الغبن المحقق فى المتاع المشترى بعشرين بدرهم فإن المتعارف من الغبن المحتمل فى مثل هذه المعاملة هو كون التفاوت أربعة أو خمسة فى العشرين فيصالح عن هذا المحتمل بدرهم فلو ظهر كون التفاوت ثمانية عشر و أن المبيع يسوى درهمين فى فبطلان الصلح لأنه لم يقع على الحق الموجود أو صحته مع لزومه لما ذكرنا من أن الخيار حق واحد له سبب واحد و هو التفاوت الذى له أفراد متعددة فإذا أسقطه سقط أو صحته متزلزلا لأن الخيار الذى صالح عنه باعتقاد أن عوضه المتعارف درهم تبين كونه مما يبذل فى مقابله أزيد من الدرهم ضرورة أنه كلما كان التفاوت المحتمل أزيد يبذل فى مقابله أزيد مما يبذل فى مقابله لو كان أقل فيحصل الغبن فى المصالحة إذ لا فرق فى الغبن بين كونه للجهل بمقدار ماليته مع العلم بعينه و بين كونه لأجل الجهل بعينه وجوه و هذا هو الأقوى فتأمل. و أما إسقاط هذا الخيار بعد العقد قبل ظهور الغبن- فالظاهر أيضا جوازه و لا يقدح عدم تحقق شرطه بناء على كون ظهور الغبن شرطا لحدوث الخيار إذ يكفى فى ذلك تحقق السبب المقتضى للخيار و هو الغبن الواقعى و إن لم يعلم به و هذا كاف فى جواز إسقاط المسبب قبل حصول شرطه كإبراء المالك الودعى المفرط عن الضمان و كبراءة البائع من العيوب الراجعة إلى إسقاط الحق المسبب عن وجودها قبل العلم بها. و لا يقدح فى المقام أيضا كونه إسقاطا لما لم يتحقق إذ لا مانع منه إلا

التعليق و عدم الجزم الممنوع عنه فی العقود فضلا عن الإیقاعات و هو غیر قادح هنا فإن الممنوع منه هو التعلیق علی ما لا- یتوقف تحقق مفهوم الإنشاء علیه. و أما ما نحن فیه و شبهه مثل طلاق مشکوک الزوجیة و إعتاق مشکوک الرقیة منجزا أو الإبراء عما احتمل الاشتغال به فقد تقدم فی شرائط الصیغة أنه لا مانع منه لأن مفهوم العقد معلق علیها فی الواقع من دون تعلیق المتکلم و منه البراءة عن العیوب المحتملة فی المبیع و ضمان درک المبیع عند ظهوره مستحقا للغیر. نعم قد یشکل الأمر من حیث العوض المصالح به فإنه لا بد من وقوع شیء بإزائه و هو غیر معلوم فالأولی ضم شیء إلی المصالح عنه المجهول التحقق أو ضم سائر الخیارات إلیه بأن یقول صالحتک عن کل خیار لی بکذا و لو تبین عدم الغبن لم یقسط العوض علیه لأن المعدوم إنما دخل علی تقدیر وجوده لا منجزا باعتقاد الوجود.

الثانی من المسقطات اشتراط سقوط الخیار فی متن العقد

و الإشکال فیه من الجهات المذکورة هنا أو المتقدمة فی إسقاط الخیارات المتقدمة قد علم التفصی عنها. نعم هنا وجه آخر للمنع یختص بهذا الخیار و خیار الرؤیة- و هو لزوم الغرر من اشتراط إسقاطه. قال فی الدروس فی هذا المقام ما لفظه و لو شرطا رفعه أو رفع خیار الرؤیة فالظاهر بطلان العقد للغرر انتهی. ثم احتمل الفرق بین الخیارین بأن الغرر فی الغبن سهل الإزالة و جزم الصیمری فی غایة المرام ببطلان العقد و الشرط و تردد فیه المحقق الثانی إلا أنه استظهر الصحة و لعل توجیه کلام الشهید هو أن الغرر باعتبار الجهل بمقدار مالیة المبیع کالجهل بصفاته لأن وجه کون الجهل بالصفات غررا هو رجوعه إلی الجهل بمقدار مالیته و لذا لا غرر مع الجهل بالصفات التی لا مدخل

المکاسب، ج۳، ص ۲۳۹

لها فی القیمة لکن الأقوی الصحة لأن مجرد الجهل بمقدار المالیة لو کان غررا لم یصح البیع مع الشک فی القیمة و أیضا فإن ارتفاع الغرر عن هذا البیع لیس لأجل الخیار حتی یکون إسقاطه موجبا لثبوته و إلا لم یصح البیع إذ لا یجدی فی الإخراج عن الغرر ثبوت الخیار لأنه حکم شرعی لا یرتفع به موضوع الغرر و إلا لصح کل بیع غرری علی وجه التزلزل و ثبوت الخیار کبیع المجهول وجوده و المتعذر تسلیمه. و أما خیار الرؤیة فاشتراط سقوطه راجع إلی إسقاط اعتبار ما اشترطاه من الأوصاف فی العین غیر المرئیة فکأنهما تبایعا سواء وجد فیها تلک الأوصاف أم لا فصحة البیع موقوفة علی اشتراط تلک الأوصاف و إسقاط الخیار فی معنی إلغائها الموجب للبطلان مع احتمال الصحة هناک أیضا لأن مرجع إسقاط خیار الرؤیة إلی التزام عدم تأثیر تخلف تلک الشروط لا إلی عدم التزام ما اشترطاه من الأوصاف و لا تنافی بین أن یقدم علی اشتراء العین- بانیا علی وجود تلک الأوصاف و بین الالتزام بعدم الفسخ لو تخلفت فتأمل و سیجیء تمام الکلام فی خیار الرؤیة و کیف کان فلا أری إشکالا فی اشتراط سقوط خیار الغبن من حیث لزوم الغرر إذ لو لم یشرع الخیار فی الغبن أصلا لم یلزم منه غرر.

الثالث تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطة للخیارات المتقدمة بعد علمه بالغبن.

و یدل علیه ما دل علی سقوط خیاری المجلس و الشرط به مع عدم ورود نص فیهما و اختصاص النص بخیار الحیوان و هو إطلاق بعض معاقد الإجماع بأن تصرف ذی الخیار فیما انتقل إلیه إجازة و فیما انتقل عنه فسخ و عموم العلة المستفادة من النص فی خیار الحیوان المستدل بها فی کلمات العلماء علی السقوط و هی الرضا بلزوم العقد مع أن الدلیل هنا إما نفی الضرر و إما الإجماع و الأول منتف فإنه کما لا یجری مع الإقدام علیه فکذلک لا یجری مع الرضا به بعده. و أما الإجماع فهو غیر ثابت مع الرضا إلا أن یقال إن الشک فی الرفع لا الدفع فیستصحب فتأمل. أو ندعی أن ظاهر قولهم فیما نحن فیه أن هذا الخیار لا یسقط بالتصرف شموله للتصرف بعد العلم بالغبن و اختصاص هذا الخیار من بین الخیارات بذلک لکن الإنصاف عدم شمول التصرف فی کلماتهم لما بعد العلم

بالغبن. و غرضهم من تخصیص الحکم بهذا الخیار أن التصرف مسقط لکل خیار و لو وقع قبل العلم بالخیار کما فی العیب و التدلیس سوی هذا الخیار و یؤید ذلک ما اشتهر بینهم من أن التصرف قبل العلم بالعیب و التدلیس ملزم لدلالته علی الرضا بالبیع فیسقط الرد و إنما یثبت الأرش فی خصوص العیب لعدم دلالة التصرف علی الرضا بالعیب و کیف کان فاختصاص التصرف غیر المسقط فی کلامهم بما قبل العلم لا یکاد یخفی علی المتتبع فی کلماتهم. نعم لم أجد لهم تصریحا بذلک عدا ما حکی عن صاحب المسالک و تبعه جماعة لکن الاستشکال من جهة ترک التصریح مع وجود الدلیل مما لا ینبغی بل ربما یستشکل فی حکمهم بعدم السقوط بالتصرف قبل العلم مع حکمهم بسقوط خیار التدلیس و العیب بالتصرف قبل العلم و الاعتذار بالنص إنما یتم فی العیب دون التدلیس فإنه مشترک مع خیار الغبن فی عدم النص و مقتضی القاعدة فی حکم التصرف قبل العلم فیهما واحد. و التحقیق أن یقال إن مقتضی القاعدة عدم السقوط لبقاء الضرر و عدم دلالة التصرف مع الجهل علی الرضا بلزوم العقد و تحمل الضرر. نعم قد ورد النص فی العیب علی السقوط و ادعی علیه الإجماع مع أن ضرر السقوط فیه متدارک بالأرش و إن کان نفس إمساک العین قد تکون ضررا فإن تم دلیل فی التدلیس أیضا قلنا به و إلا وجب الرجوع إلی دلیل خیاره ثم إن الحکم بسقوط الخیار بالتصرف بعد العلم بالغبن مبنی علی ما تقدم فی الخیارات السابقة من تسلیم کون التصرف دلیلا علی الرضا بلزوم العقد و إلا کان اللازم فی غیر ما دل فعلا علی الالتزام بالعقد من أفراد التصرف الرجوع إلی أصالة بقاء الخیار.

الرابع من المسقطات تصرف المشتری المغبون قبل العلم بالغبن

تصرفا مخرجا عن الملک علی وجه اللزوم کالبیع و العتق فإن المصرح به فی کلام المحقق و من تأخر عنه- هو سقوط خیاره حینئذ و قیل إنه المشهور- و هو کذلک بین المتأخرین. نعم ذکر الشیخ فی خیار المشتری مرابحة عند کذب البائع أنه لو هلک السلعة أو تصرف فیها سقط الرد و الظاهر اتحاد هذا الخیار مع خیار الغبن کما یظهر من جامع المقاصد فی شرح قول الماتن و لا یبطل الخیار بتلف العین فراجع. و استدل علی هذا الحکم فی التذکرة بعدم إمکان استدراکه مع الخروج عن الملک و هو بظاهره مشکل لأن الخیار غیر مشروط عندهم بإمکان رد العین. و یمکن أن یوجه بأن حدیث نفی الضرر لم یدل علی الخیار بل المتیقن منه جواز رد العین المغبون فیها فإذا امتنع ردها فلا دلیل علی جواز فسخ العقد. و تضرر المغبون من جهة زیادة الثمن معارض بتضرر الغابن بقبول البدل فإن دفع الضرر من الطرفین إنما یکون بتسلط المغبون علی رد العین فیکون حاله من حیث إن له القبول و الرد حال العالم بالغبن قبل المعاملة فی أن له أن یشتری و أن یترک و لیس هکذا بعد خروج العین عن ملکه مع أن إخراج المغبون العین عن ملکه التزام بالضرر و لو جهلا منه به هذا و لکن اعترض علیهم شیخنا الشهید قدس روحه السعید فی اللمعة بما توضیحه أن الضرر الموجب للخیار قبل التصرف ثابت مع التصرف و التصرف مع الجهل بالضرر لیس إقداما علیه لما عرفت من أن الخارج عن عموم نفی الضرر لیس إلا صورة الإقدام علیه عالما به فیجب تدارک الضرر باسترداد ما دفعه من الثمن الزائد برد نفس العین مع بقائها علی ملکه و بدلها مع عدمه. و فوات خصوصیة العین علی الغابن لیس ضررا لأن العین المبیعة إن کانت مثلیة فلا ضرر بتبدلها بمثلها و إن کانت قیمیة فتعریضها للبیع یدل علی إرادة قیمتها فلا ضرر أصلا فضلا عن أن یعارض ضرر زیادة الثمن علی القیمة خصوصا مع الإفراط فی الزیادة و الإنصاف أن هذا حسن جدا لکن قال فی الروضة إن لم یکن الحکم إجماعا. أقول و الظاهر عدمه لأنک عرفت عدم عنوان المسألة فی کلام من تقدم علی المحقق فیما تتبعت.

ثم إن مقتضی دلیل المشهور عدم الفرق فی المغبون المتصرف بین البائع و المشتری

قال فی التحریر بعد أن صرح بثبوت الخیار للمغبون

المکاسب، ج۳، ص ۲۴۰ بائعا کان أو مشتریا و لا یسقط الخیار بالتصرف مع إمکان الرد و مقتضی إطلاقه عدم الفرق بین الناقل

اللازم و بین فک الملک کالعتق و الوقف و بین المانع عن الرد مع البقاء علی الملک کالاستیلاد بل و یعم التلف و عن جماعة تخصیص العبارة بالمشتری فإن أرادوا قصر الحکم علیه فلا یعرف له وجه إلا أن یبنی علی مخالفته لعموم دلیل الخیار أعنی نفی الضرر فیقتصر علی مورد الإجماع

[الناقل الجائز لا یمنع الرد بالخیار إذا فسخه]

ثم إن الظاهر التقیید بصورة امتناع الرد و ظاهر التعلیل بعدم إمکان الاستدراک ما صرح به جماعة من أن الناقل الجائز لا یمنع الرد بالخیار إذا فسخه فضلا عن مثل التدبیر و الوصیة من التصرفات غیر الموجبة للخروج عن الملک فعلا و هو حسن لعموم نفی الضرر. و مجرد الخروج عن الملک لا یسقط تدارک ضرر الغبن و لو اتفق زوال المانع کموت ولد أم الولد و فسخ العقد اللازم لعیب أو غبن ففی جواز الرد وجهان من أنه متمکن حینئذ و من استقرار البیع و ربما یبنیان علی أن الزائل العائد کالذی لم یزل أو کالذی لم یعد- و کذا الوجهان فیما لو عاد إلیه بناقل جدید و عدم الخیار هنا أولی لأن العود هنا بسبب جدید. و فی الفسخ برفع السبب السابق

و فی لحوق الإجارة بالبیع قولان

من امتناع الرد و هو مختار الصیمری و أبی العباس و من أن مورد الاستثناء هو التصرف المخرج عن الملک و هو المحکی عن ظاهر الأکثر و لو لم یعلم بالغبن إلا بعد انقضاء الإجارة توجه الرد و کذا لو لم یعلم به حتی انفسخ البیع.

و فی لحوق الامتزاج مطلقا أو فی الجملة بالخروج عن الملک وجوه

أقواها اللحوق لحصول الشرکة فیمتنع رد العین الذی هو مورد الاستثناء و کذا لو تغیرت العین بالنقیصة و لو تغیرت بالزیادة العینیة أو الحکمیة أو من الجهتین فالأقوی الرد فی الوسطی بناء علی حصول الشرکة فی غیرها المانعة عن رد العین فتأمل هذا کله فی تصرف المغبون

و أما تصرف الغابن

اشارة

فالظاهر أنه لا وجه لسقوط خیار المغبون به و حینئذ فإن فسخ و وجد العین خارجة عن ملکه لزوما بالعتق أو الوقف أو البیع اللازم ففی تسلطه علی إبطال ذلک من حینه أو من أصلها کالمرتهن و الشفیع أو رجوعه إلی البدل وجوه من وقوع العقد فی متعلق حق الغیر فإن حق المغبون بأصل المعاملة الغبنیة و إنما یظهر له بظهور السبب فله الخیار فی استرداد العین إذا ظهر السبب و حیث وقع العقد فی ملک الغابن فلا وجه لبطلانه من رأس و من أن وقوع العقد فی متعلق حق الغیر یوجب تزلزله من رأس کما فی بیع الرهن. و مقتضی فسخ البیع الأول تلقی الملک من الغابن الذی وقع البیع معه لا من المشتری الثانی و من أنه لا وجه للتزلزل إما لأن التصرف فی زمان خیار غیر المتصرف صحیح لازم کما سیجیء فی أحکام الخیار فیسترد الفاسخ البدل. و إما لعدم تحقق الخیار قبل ظهور الغبن فعلا علی وجه فعلا علی وجه یمنع من تصرف من علیه الخیار کما هو ظاهر الجماعة هنا و فی خیار الغیب قبل ظهوره فإن غیر واحد ممن منع من تصرف غیر ذی الخیار بدون إذنه أو استشکل فیه حکم بلزوم العقود الواقعة قبل ظهور الغبن و العیب و هذا هو الأقوی و سیأتی تتمة لذلک فی أحکام الخیار و کذا الحکم لو حصل مانع من رده کالاستیلاد و یحتمل هنا تقدیم حق الخیار لسبق سببه علی الاستیلاد

[جريان الحكم فى خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائز]

ثم إن مقتضى ما ذكرنا جريان الحكم فى خروج المبيع عن ملك الغابن بالعقد الجائز لأن معنى جوازه تسلط أحد المتعاقدين على فسخه- أما تسلط الأجنبى و هو المغبون فلا دليل عليه بعد فرض وقوع العقد صحيحا. و فى المسالك لو كان الناقل مما يمكن إبطاله كالبيع بخيار ألزم بالفسخ فإن امتنع فسخه الحاكم و إن تعذر فسخه المغبون و يمكن النظر فيه بأن فسخ المغبون إما بدخول العين فى ملكه و إما بدخول بدلها فعلى الأول لا حاجة إلى الفسخ حتى يتكلم فى الفاسخ و على الثانى فلا وجه للعدول عما استحقه بالفسخ إلى غيره اللهم إلا أن يقال إنه لا منافاة لأن البدل المستحق بالفسخ إنما هو للحيلولة فإذا أمكن رد العين وجب على الغابن تحصيلها لكن ذلك إنما يتم مع كون العين باقية على ملك المغبون و أما مع عدمه و تملك المغبون للبدل فلا دليل على وجوب تحصيل العين.

[لو اتفق عود الملك إلى الغابن]

ثم على القول بعدم وجوب الفسخ فى الجائز لو اتفق عود الملك إليه لفسخ فإن كان ذلك قبل فسخ المغبون فالظاهر وجود رد العين و إن كان بعده فالظاهر عدم وجوب رده لعدم الدليل بعد تملك البدل و لو كان العود بعقد جديد فالأقوى عدم وجوب الرد مطلقا لأنه ملك جديد تلقاه من مالكه. و الفاسخ إنما يملك بسبب ملكه السابق بعد ارتفاع السبب الناقل

[تصرف الغابن تصرفا مغيرا للعين]

اشارة

و لو تصرف الغابن تصرفا مغيرا للعين- فإما أن يكون بالنقيصة أو بالزيادة أو بالامتزاج

فإن كان بالنقيصة

فإما أن يكون نقصا يوجب الأرش و إما أن يكون مما لا يوجبه فإن أوجب الأرش أخذه مع الأرش كما هو مقتضى الفسخ لأن الفائت مضمون بجزء من العوض فإذا رد تمام العوض وجب رد مجموع المعوض فيتدارك الفائت منه ببدله و مثل ذلك ما لو تلف بعض العين و إن كان مما لا يوجب شيئا رده بلا شيء. و منه ما لو وجد العين مستأجرة فإن على الفاسخ الصبر إلى أن ينقضى مدة الإجارة و لا يجب على الغابن بذل عوض المنفعة المستوفاة بالنسبة إلى بقية المدة بعد الفسخ لأن المنفعة من الزوائد المنفصلة المتخللة بين العقد و الفسخ فهى ملك للمفسوخ عليه فالمنفعة الدائمة تابعة للملك المطلق فإذا تحقق فى زمان ملك منفعة العين بأسرها و يحتمل انفساخ الإجارة فى بقية المدة لأن ملك منفعة الملك المتزلزل متزلزل و هو الذى جزم به المحقق القمى فيما إذا فسخ البائع بخياره المشروط له فى البيع و فيه نظر لمنع تزلزل ملك المنفعة. نعم ذكر العلامة فى القواعد فيما إذا وقع التفاسخ لأجل اختلاف المتبايعين أنه إذا وجد البائع العين مستأجرة كانت الأجرة للمشترى و المؤجر وجب عليه للبائع أجرة المثل للمدة الباقية بعد الفسخ و قرره على ذلك شراح الكتاب و سيجىء ما يمكن أن يكون فارقا بين المقامين

و إن كان التغيير بالزيادة

فإن كانت حكمية محضة- كقصارة الثوب و تعليم الصنعة فالظاهر ثبوت الشركة فيه بنسبة تلك الزيادة بأن تقوم العين

المكاسب، ج۳، ص ۲۴۱

معها و لا معها و يؤخذ النسبة و لو لم يكن للزيادة مدخل فى زيادة القيمة فالظاهر عدم شيء لمحدثها لأنه إنما عمل فيما له و عمله لنفسه غير مضمون على غيره و لو لم يحصل منه فى الخارج ما يقابل المال و لو فى ضمن العين و لو كانت الزيادة عينا محضا كالغرس ففى تسلط المغبون على القلع بلا أرش كما اختاره فى المختلف فى الشفعة أو عدم تسلطه عليه مطلقا كما عليه المشهور فيما إذا رجع بائع الأرض المغروسة بعد تفليس المشترى أو تسلطه عليه مع الأرش كما اختاره فى المسالك هنا و قيل به فى الشفعة و العارية وجوه من أن صفة كونه منصوبا المستلزمة لزيادة قيمته إنما هى عبارة عن كونه فى مكان صار ملكا للغير فلا حق للغرس كما إذا باع أرضا مشغولة بماله و كان ماله فى تلك الأرض أزيد قيمة. مضافا إلى ما فى المختلف فى مسألة الشفعة من أن الفائت لما حدث فى محل معرض للزوال لم يجب تداركه و من أن الغرس المنصوب الذى هو مال للمشترى مال مغاير للمقلوع عرفا و ليس كالمتاع الموضوع فى بيت بحيث يكون تفاوت قيمته باعتبار المكان. مضافا إلى مفهوم قوله ص: ليس لعرق ظالم حق فيكون كما لو باع الأرض المغروسة و من أن الغرس إنما وقع فى ملك متزلزل و لا دليل على استحقاق الغرس على الأرض البقاء. و قياس الأرض المغروسة على الأرض المستأجرة حيث لا يفسخ إجارتها و لا تغرم لها أجرة المثل فاسد للفرق بتملك المنفعة فى تمام المدة قبل استحقاق الفاسخ هناك بخلاف ما نحن فيه فإن المستحق هو الغرس المنصوب من دون استحقاق مكان فى الأرض فالتحقيق أن كلا من المالكين يملك ماله لا بشرط حق له على الآخر و لا عليه له فلكل منهما تخليص ماله عن مال صاحبه فإن أراد مالك الغرس قلعه فعليه أرش طم الحفر و إن أراد مالك الأرض تخليصها فعليه أرش الغرس أعنى تفاوت ما بين كونه منصوبا دائما و كونه مقلوعا و كونه مالا للمالك على صفة النصب دائما ليس اعترافا بعدم تسلطه على قلعه لأن المال هو الغرس المنصوب و مرجع دوامه إلى دوام ثبوت هذا المال الخاص له فليس هذا من باب استحقاق الغرس للمكان فافهم. و يبقى الفرق بين ما نحن فيه و بين مسألة التفليس حيث ذهب الأكثر إلى أن ليس للبائع الفاسخ قلع الغرس و لو مع الأرش و يمكن الفرق بكون حدوث ملك الغرس فى ملك متزلزل فيما نحن فيه فحق المغبون إنما تعلق بالأرض قبل الغرس بخلاف مسألة التفليس لأن سبب التزلزل هناك بعد الغرس فيشبه بيع الأرض المغروسة و ليس للمشترى قلعه و لو مع الأرش بلا خلاف بل عرفت أن العلامة فى المختلف جعل التزلزل موجبا لعدم استحقاق أرش الغرس ثم إذا جاز القلع فهل يجوز للمغبون مباشرة القلع أم له مطالبة المالك بالقلع- و مع امتناعه يجبره الحاكم أو يقلعه وجوه ذكروها فيما لو دخلت أغصان شجر الجار إلى داره و يحتمل الفرق بين المقامين من جهة كون الدخول هناك بغير فعل المالك و لذا قيل فيه بعدم وجوب إجابة المالك الجار إلى القلع و إن جاز للجار قلعها بعد الامتناع أو قبله هذا كله حكم التخليص. و أما لو اختار المغبون الإبقاء فمقتضى ما ذكرنا- من عدم ثبوت حق لأحد المالكين على الآخر استحقاقه الأجرة على البقاء لأن انتقال الأرض إلى المغبون بحق سابق على الغرس لا بسبب لا حق له هذا كله حكم الشجر. و أما الزرع ففى المسالك أنه يتعين إبقاؤه بالأجرة لأن له أمدا ينتظر و لعله لإمكان الجمع بين الحقين على وجه لا ضرر فيه على الطرفين بخلاف مسألة الشجر فإن فى تعيين إبقائه بالأجرة ضررا على مالك الأرض لطول مدة البقاء فتأمل. و لو طلب مالك الغرس القلع فهل لمالك الأرض منعه لاستلزامه نقص أرضه فإن كلا منهما مسلط على ماله و لا يجوز تصرفه فى مال غيره إلا بإذنه أم لا لأن التسلط على المال لا يوجب منع مالك آخر عن التصرف فى ماله وجهان أقواهما الثانى

و لو كان التغير بالامتزاج

فإما أن يكون بغير جنسه- و إما أن يكون بجنسه فإن كان بغير جنسه فإن كان على وجه الاستهلاك عرفا بحيث لا يحكم فى مثله بالشركة كامتزاج ماء الورد المبيع بالزيت فهو فى حكم التالف يرجع إلى قيمته و إن كان لا على وجه يعد تالفا كالخل الممتزج مع الأنجبين ففى كونه شريكا أو كونه كالمعدوم وجهان من حصول الاشتراك قهرا لو كانا للمالكين و من تغير حقيقته فيكون كالتلف الرافع للخيار و إن كان الامتزاج بالجنس فإن كان بالمساوى يثبت الشركة و إن كان بالأردإ فكذلك.

و فی استحقاقه لأرش النقص أو تفاوت الرداءة من الجنس الممتزج أو من ثمنه وجوه و لو کان بالأجود احتمل الشرکة فی الثمن بأن یباع و یعطی من الثمن بنسبة قیمته و یحتمل الشرکة بنسبة القیمة فإذا کان الأجود یساوی قیمتی الردیء کان المجموع بینهما أثلاثا و رده الشیخ فی مسألة رجوع البائع علی المفلس بعین ماله بأنه یستلزم الربا قیل و هو حسن مع عموم الربا لکل معاوضة.

بقی الکلام فی حکم تلف العوضین مع الغبن

و تفصیله أن التلف إما أن یکون فیما وصل إلی الغابن أو فیما وصل إلی المغبون و التلف إما بآفة أو بإتلاف أحدهما أو بإتلاف الأجنبی و حکمها أنه لو تلف ما فی ید المغبون فإن کان بآفة فمقتضی ما تقدم من التذکرة فی الإخراج عن الملک من تعلیل السقوط بعدم إمکان الاستدراک سقوط الخیار لکنک قد عرفت الکلام فی مورد التعلیل فضلا عن غیره و لذا اختار غیر واحد بقاء الخیار فإذا فسخ غرم قیمته یوم التلف أو یوم الفسخ و أخذ ما عند الغابن أو بدله و کذا لو کان بإتلافه و لو کان بإتلاف الأجنبی ففسخ المغبون أخذ الثمن و رجع الغابن إلی المتلف إن لم یرجع المغبون علیه و إن رجع علیه بالبدل ثم ظهر الغبن ففسخ رد علی الغابن القیمة یوم التلف أو یوم الفسخ و لو کان بإتلاف الغابن فإن لم یفسخ المغبون أخذ القیمة من الغابن و إن فسخ أخذ الثمن و لو کان إتلافه قبل ظهور الغبن فأبرأه المغبون من الغرامة ثم ظهر الغبن ففسخ وجب علیه رد القیمة لأن ما أبرأه بمنزلة المقبوض و لو تلف ما فی ید الغابن بآفة أو بإتلافه ففسخ المغبون أخذ البدل.

و فی اعتبار القیمة یوم التلف أو یوم الفسخ قولان ظاهر الأکثر الأول و لکن صرح فی الدروس و المسالک و محکی حاشیة الشرائع للمحقق الثانی و صاحب

المکاسب، ج۳، ص ۲۴۲

الحدائق و بعض آخر أنه لو اشتری عینا بعین فقبض إحداهما دون الأخری فباع المقبوض ثم تلف غیر مقبوض أن البیع الأول ینفسخ بتلف متعلقة قبل القبض بخلاف البیع الثانی فیغرم البائع الثانی قیمة ما باعه یوم تلف غیر المقبوض و هذا ظاهر بل صریح فی أن العبرة بقیمة یوم الانفساخ دون تلف العین و الفرق بین المسألتین مشکل و تمام الکلام فی باب الإقالة إن شاء الله. و لو تلف بإتلاف الأجنبی رجع المغبون بعد الفسخ إلی الغابن لأنه الذی یرد إلیه العوض فیؤخذ منه المعوض أو بدله و لأنه ملک القیمة علی المتلف و یحتمل الرجوع إلی المتلف لأن المال فی ضمانه و ما لم یدفع العوض فنفس المال فی عهدته و لذا صرح فی الشرائع بجواز المصالحة علی ذلک المتلف بما لو صالح به علی قیمته لزم الربا. و صرح العلامة بأنه لو صالحه علی نفس المتلف بأقل من قیمته لم یلزم الربا و إن صالحه علی قیمته بالأقل لزم الربا بناء علی جریانه فی الصلح و یحتمل التخییر أما الغابن فلأنه ملک البدل و أما المتلف فلأن المال المتلف فی عهدته قبل أداء القیمة و إن کان بإتلاف المغبون فإن لم یفسخ غرم بدله و لو أبرأه الغابن من بدل المتلف فظهر الغبن ففسخ رد الثمن و أخذ قیمة المتلف لأن المبرإ منه کالمقبوض. هذا قلیل من کثیر ما یکون هذا المقام قابلا له من الکلام و ینبغی إحالة الزائد علی ما ذکروه فی غیر هذا المقام و الله العالم بالأحکام و رسوله و خلفائه الکرام صلوات الله علیه و علیهم إلی یوم القیام.

مسألة الظاهر ثبوت خیار الغبن فی کل معاوضة مالیة

بناء علی الاستناد فی ثبوته فی البیع إلی نفی الضرر. نعم لو استند إلی الإجماعات المنقولة أمکن الرجوع فی غیر البیع إلی أصالة اللزوم و ممن حکی عنه التصریح بالعموم فخر الدین قدس سره فی شرح الإرشاد و صاحب التنقیح و صاحب إیضاح النافع و عن إجازة جامع المقاصد جریانه فیها مستندا إلی أنه من توابع المعاوضات. نعم حکی عن المهذب البارع عدم جریانه فی الصلح و لعله لکون الغرض الأصلی فیه قطع المنازعة فلا یشرع فیه الفسخ و فیه ما لا یخفی. و فی غایة المرام التفصیل بین الصلح الواقع علی وجه

المعاوضة فيجرى فيه و بين الواقع على إسقاط دعوى قبل ثبوتها ثم ظهر حقية ما يدعيه و كان مغبونا فيما صالح به و الواقع على ما فى الذمم و كان مجهولا ثم ظهر بعد عقد الصلح و ظهر غبن أحدهما على تأمل و لعله للإقدام فى هذين على رفع اليد عما صالح عنه كائنا ما كان فقد أقدم على الضرر. و حكى عن بعض التفصيل بين كل عقد وقع شخصه على وجه المسامحة و كان الإقدام فيه على المعاملة مبنيا على عدم الالتفات إلى النقص و الزيادة بيعا كان أو صلحا أو غيرهما فإنه لا يصدق فيه اسم الغبن و بين غيره. و فيه مع أن منع صدق الغبن محل نظر أن الحكم بالخيار لم يعلق فى دليل على مفهوم لفظ الغبن حتى يتبع مصاديقه فإن الفتاوى مختصة بغبن البيع و حديث نفى الضرر عام لم يخرج منه إلا ما استثنى فى الفتاوى من صورة الإقدام على الضرر عالما به. نعم لو استدل بآية التجارة عن تراض أو النهى عن أكل المال بالباطل- أمكن اختصاصها بما إذا أقدم على المعاملة محتملا للضرر مسامحا فى دفع ذلك الاحتمال. و الحاصل أن المسألة لا تخلو عن إشكال من جهة أصالة اللزوم و اختصاص معقد الإجماع و الشهرة بالبيع و عدم تعرض الأكثر لدخول هذا الخيار فى غير البيع- كما تعرضوا لجريان خيار الشرط و تعرضهم لعدم جريان خيار المجلس فى غير البيع لكونه محل خلاف لبعض العامة فى بعض أفراد ما عدا البيع فلا يدل على عموم غيره لما عدا البيع و من دلالة حديث نفى الضرر على عدم لزوم المعاملة المغبون فيها فى صورة امتناع الغابن عن بذل التفاوت بعد إلحاق غيرها بظهور عدم الفصل عند الأصحاب و قد استدل به الأصحاب على إثبات كثير من الخيارات فدخوله فيما عدا البيع لا يخلو عن قوة نعم يبقى الإشكال فى شموله للصورة المتقدمة و هى ما إذا علم من الخارج بناء شخص تلك المعاملة بيعا كان أو غيره على عدم المغابنة و المكايسة من حيث المالية كما إذا احتاج المشترى إلى قليل من شىء مبتذل لحاجة عظيمة دينية أو دنيوية فإنه لا يلاحظ فى شرائه مساواته للثمن المدفوع بإزائه فإن فى شمول الأدلة لمثل هذا خفاء بل منعا إلا أن يتم بعدم القول بالفصل و الله العالم.

مسألة اختلف أصحابنا فى كون هذا الخيار على الفور أو على التراخى

اشارة

على قولين

[الاستدلال للفور بآية أوفوا بالعقود]

و استند للقول الأول و هو المشهور ظاهرا إلى كون الخيار على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن و قرره فى جامع المقاصد بأن العموم فى أفراد العقود يستتبع عموم الأزمنة و إلا لم ينتفع بعمومه انتهى.

[الاستدلال للتراخى بالاستصحاب]

و للقول الثانى إلى الاستصحاب. و ذكر فى الرياض ما حاصله أن المستند فى هذا الخيار إن كان الإجماع المنقول اتجه التمسك بالاستصحاب و إن كان نفى الضرر وجب الاقتصار على الزمان الأول إذ به يندفع الضرر.

[المناقشة فى الوجوه المذكورة]

أقول و يمكن الخدشة فى جميع الوجوه المذكورة أما فى وجوب الاقتصار على المتيقن فلأنه غير متجه مع الاستصحاب و أما ما ذكره فى جامع المقاصد من عموم الأزمنة فإن أراد به عمومها المستفاد من إطلاق الحكم بالنسبة إلى زمانه الراجع بدليل الحكمة إلى استمراره فى جميع الأزمنة فلا يخفى أن هذا العموم فى كل فرد من موضوع الحكم تابع لدخوله تحت العموم فإذا فرض خروج فرد

منه فلا يفرق فيه بين خروجه عن حكم العام دائما أو فى زمان ما إذ ليس فى خروجه دائما زيادة تخصيص فى العام حتى يقتصر عند الشك فيه على المتيقن نظير ما إذا ورد تحريم فعل بعنوان العموم و خرج منه فرد خاص من ذلك الفعل لكن وقع الشك فى أن ارتفاع الحرمة عن ذلك الفرد مختص ببعض الأزمنة أو عام لجميعها فإن اللازم هنا استصحاب حكم الخاص أعنى الحلية لا الرجوع فى ما بعد الزمان المتيقن إلى عموم التحريم و ليس هذا من معاوضة العموم للاستصحاب و السر فيه ما عرفت من تبعية العموم الزمانى للعموم الأفرادى فإذا فرض خروج بعضها فلا مقتضى للعموم الزمانى فيه حتى يقتصر فيه من حيث الزمان على المتيقن بل الفرد الخارج واحد دام زمان خروجه أو انقطع.

المكاسب، ج۳، ص ۲۴۳

نعم لو فرض إفادة الكلام للعموم الزمانى على وجه يكون الزمان مكثرا لأفراد العام بحيث يكون الفرد فى كل زمان مغايرا له فى زمان آخر كان اللازم بعد العلم بخروج فرد فى زمان ما الاقتصار على المتيقن لأن خروج غيره من الزمان مستلزم لخروج فرد آخر من العام غير ما علم خروجه كما إذا قال المولى لعبده أكرم العلماء فى كل يوم بحيث كان إكرام كل عالم فى كل يوم واجبا مستقلا غير إكرام ذلك العالم فى اليوم الآخر فإذا علم بخروج زيد العالم و شك فى خروجه عن العموم يوما أو أزيد وجب الرجوع فى ما بعد اليوم الأول إلى عموم وجوب الإكرام لا إلى استصحاب عدم وجوبه بل لو فرضنا عدم وجود ذلك العموم لم يجز التمسك بالاستصحاب بل يجب الرجوع إلى أصل آخر كما أن فى الصورة الأولى لو فرضنا عدم حجية الاستصحاب لم يجز الرجوع إلى العموم فما أوضح الفرق بين الصورتين. ثم لا يخفى أن مناط هذا الفرق ليس كون عموم الزمان فى الصورة الأولى من الإطلاق المحمول على العموم بدليل الحكمة و كونه فى الصورة الثانية عموما لغويا بل المناط كون الزمان فى الأولى ظرفا للحكم و إن فرض عمومه لغويا فيكون [الحكم فيه حكما واحدا مستمرا لموضوع واحد] فيكون مرجع الشك فيه إلى الشك فى استمرار حكم واحد و انقطاعه فيستصحب و الزمان فى الثانية مكثر لأفراد موضوع الحكم فمرجع الشك فى وجود الحكم فى الآن الثانى إلى ثبوت حكم الخاص لفرد من العام مغاير للفرد الأول و معلوم أن المرجع فيه إلى أصالة العموم فافهم و اغتنم. و بذلك يظهر فساد دفع كلام جامع المقاصد- بأن آية أَوْفُوا و غيرها مطلقة لا عامة فلا تنافى الاستصحاب إلا أن يدعى أن العموم لا يرجع إلا إلى العموم الزمانى على الوجه الأول.

فقد ظهر أيضا مما ذكرنا من تغاير موردى الرجوع إلى الاستصحاب و الرجوع إلى العموم فساد ما قيل فى الأصول من أن الاستصحاب قد يخصص العموم و مثل له بالصورة الأولى زعما منه أن الاستصحاب قد خصص العموم. و قد عرفت أن مقام جريان الاستصحاب لا يجوز فيه الرجوع إلى العموم و لو على فرض عدم الاستصحاب و مقام جريان العموم لا يجوز الرجوع إلى الاستصحاب و لو على فرض عدم العموم فليس شىء منهما ممنوعا بالآخر فى شىء من المقامين إذا عرفت هذا فما نحن فيه من قبيل الأول لأن العقد المغبون فيه إذا خرج عن عموم وجوب الوفاء فلا فرق بين عدم وجوب الوفاء به فى زمان واحد و بين عدم وجوبه رأسا نظير العقد الجائز دائما فليس الأمر دائرا بين قلة التخصيص و كثرته حتى يتمسك بالعموم فيما عدا المتيقن فلو فرض عدم جريان الاستصحاب فى الخيار على ما سنشير إليه لم يجز التمسك بالعموم أيضا. نعم يتمسك فيه حينئذ بأصالة اللزوم الثابتة بغير العمومات و أما استناد القول بالتراخى إلى الاستصحاب- فهو حسن على ما اشتهر من المسامحة فى تشخيص الموضوع فى استصحاب الحكم الشرعى الثابت بغير الأدلة اللفظية المشخصة للموضوع مع كون الشك من حيث استعداد الحكم للبقاء. و أما على التحقيق من عدم إحراز الموضوع فى مثل ذلك على وجه التحقيق فلا يجرى فيما نحن فيه الاستصحاب فإن المتيقن سابقا ثبوت الخيار لمن لم يتمكن من تدارك ضرره بالفسخ فإذا فرضنا ثبوت هذا الحكم من الشرع فلا معنى لانسحابه فى الآن اللاحق مع كون الشخص قد تمكن من التدارك و لم يفعل لأن هذا موضوع آخر يكون إثبات الحكم له من القياس المحرم. نعم لو أحرز الموضوع من دليل لفظى على المستصحب أو كان الشك فى رافع الحكم حتى لا يحتمل أن يكون الشك لأجل تغير الموضوع اتجه التمسك بالاستصحاب. و أما ما ذكره فى الرياض ففيه أنه إن بنى الأمر على التدقيق فى موضوع الاستصحاب كما أشرنا هنا و حققناه فى الأصول فلا يجرى الاستصحاب و إن

کان المدرک للخیار الإجماع و إن بنی علی المسامحة فیه کما اشتهر جری الاستصحاب و إن استند فی الخیار إلی قاعدة الضرر کما اعترف به ولده قدس سره فی المناهل مستندا إلی احتمال أن یکون الضرر علة محدثة یکفی فی بقاء الحکم و إن ارتفع إلا أن یدعی أنه إذا استند الحکم إلی الضرر فالموضوع للخیار هو المتضرر العاجز عن تدارک ضرره و هو غیر محقق فی الزمان اللاحق کما أشرنا-

[ما ذکره بعض المعاصرین فی المسألة]

اشارة

ثم إنه بنی المسألة بعض المعاصرین علی ما لا محصل له فقال ما لفظه إن المسألة مبتنیة علی أن لزوم العقد معناه أن أثر العقد مستمر إلی یوم القیامة و أن عموم الوفاء بالعقود عموم زمانی للقطع بأن لیس المراد بالآیة الوفاء بالعقود آنا ما بل علی الدوام. و قد فهم المشهور منها ذلک باعتبار أن الوفاء بها العمل بمقتضاها و لا ریب أن مفاده عرفا و بحسب قصد المتعاقدین الدوام فإن دل دلیل علی ثبوت خیار من ضرر أو إجماع أو نص فی ثبوته فی الماضی أو مطلقا بناء علی الإهمال لا الإطلاق فی الأخبار فیکون استثناء من ذلک العام و یبقی العام علی عمومه کاستثناء أیام الإقامة و الثلاثین و وقت المعصیة و نحوها من حکم السفر أو أن اللزوم لیس کالعموم و إنما یثبت ملکا سابقا و یبقی حکمه مستصحبا إلی المزیل فتکون المعارضة بین استصحابین و الثانی وارد علی الأول فیقدم علیه و الأول أقوی لأن حدوث الحادث مع زوال العلة السابقة یقضی بعدم اعتبار السابق أما مع بقائها فلا یلغو اعتبار السابق انتهی.

[المناقشة فی ما ذکره بعض المعاصرین]

و لا یخفی أن ما ذکره من المبنی للرجوع إلی العموم- و هو استمرار اللزوم مبنی لطرح العموم و الرجوع إلی الاستصحاب و أما ما ذکره أخیرا لمبنی الرجوع إلی الاستصحاب و حاصله أن اللزوم إنما یثبت بالاستصحاب فإذا ورد علیه استصحاب الخیار قدم علیه ففیه أن الکل متفقون علی الاستناد فی أصالة اللزوم إلی عموم آیة الوفاء و إن أمکن الاستناد فیه إلی الاستصحاب أیضا فلا وجه للإغماض عن الآیة و ملاحظة الاستصحاب المقتضی للزوم مع استصحاب الخیار

[الأقوی الفور و الدلیل علیه]

ثم إنه قد علم من تضاعیف ما أوردناه علی کلمات الجماعة أن الأقوی کون الخیار هنا علی الفور لأنه لما لم یجز التمسک فی الزمان الثانی بالعموم لما عرفت سابقا من أن مرجع العموم الزمانی فی هذا المقام إلی استمرار الحکم فی الأفراد فإذا انقطع الاستمرار فلا دلیل علی العود إلیه کما فی جمیع الأحکام المستمرة إذا طرأ علیها الانقطاع و لا بالاستصحاب الخیار لما عرفت

المکاسب، ج۳، ص ۲۴۴

من أن الموضوع غیر محرز لاحتمال کون موضوع الحکم عند الشارع هو من لم یتمکن من تدارک ضرره بالفسخ فلا یشمل الشخص المتمکن منه التارک له بل قد یستظهر ذلک من حدیث نفی الضرر تعین الرجوع إلی أصالة فساد فسخ المغبون و عدم ترتب الأثر علیه و بقاء آثار العقد فیثبت اللزوم من هذه الجهة و هذا لیس کاستصحاب الخیار لأن الشک هنا فی الواقع فالموضوع محرز کما فی استصحاب الطهارة بعد خروج المذی فافهم و اغتنم و الحمد لله. هذا مضافا إلی ما قد یقال هنا و فیما یشبهه من إجازة عقد الفضولی و نکاحه و غیرهما من أن تجویز التأخیر فیها ضرر علی من علیه الخیار و فیه تأمل ثم إن مقتضی ما استند إلیه للفوریة عدا هذا المؤید الأخیر هی الفوریة العرفیة لأن الاقتصار علی الحقیقیة حرج علی ذی الخیار فلا ینبغی تدارک الضرر به و الزائد علیها لا دلیل علیه عدا الاستصحاب المتسالم علی رده بین أهل هذا القول لکن الذی یظهر من التذکرة فی خیار العیب علی القول بفوریة ما هو أوسع من

الفور العرفى قال خيار العيب ليس على الفور على ما تقدم خلافا للشافعى فإنه اشترط الفورية و المبادرة بالعادة فلا يؤمر بالعدو و لا الركض للرد و إن كان مشغولا بصلاة أو أكل أو قضاء حاجة فله الخيار إلى أن يفرغ و كذا لو اطلع حين دخل وقت هذه الأمور فاشتغل بها فلا بأس إجماعا و كذا لو لبس ثوبا أو أغلق بابا و لو اطلع على العيب ليلا فله التأخير إلى أن يصبح و إن لم يكن عذر انتهى. و قد صرح فى الشفعة على القول بفوريتها بما يقرب من ذلك و جعلها من الإعذار و صرح فى الشفعة بأنه لا تجب المبادرة على خلاف العادة و رجع فى ذلك كله إلى العرف فكل ما لا يعد تقصيرا لا يبطل به الشفعة و كل ما يعد تقصيرا و توانيا فى الطلب فإنه مسقط لها انتهى. و المسألة لا تخلو عن إشكال لأن جعل حضور وقت الصلاة أو دخول الليل عذرا فى ترك الفسخ المتحقق بمجرد قوله فسخت لا دليل عليه. نعم لو توقف الفسخ على الحضور عند الخصم أو القاضى أو على الإشهاد توجه ما ذكر فى الجملة مع أن قيام الدليل عليه مشكل إلا أن يجعل الدليل على الفورية لزوم الإضرار لمن عليه الخيار فيدفع ذلك بلزوم المبادرة العرفية بحيث لا يعد متوانيا فيه فإن هذا هو الذى يضر بحال من عليه الخيار من جهة عدم استقرار ملكه و كون تصرفاته فيه فى معرض النقص لكنك عرفت التأمل فى هذا الدليل

[رأى المصنف فى المسألة]

فالإنصاف أنه إن تم الإجماع الذى تقدم عن العلامة على عدم البأس بالأمور المذكورة و عدم قدح أمثالها فى الفورية فهو و إلا وجب الاقتصار على أول مراتب الإمكان إن شاء الفسخ و الله العالم

[معذورية الجاهل بالخيار فى ترك المبادرة]

ثم إن الظاهر أنه لا خلاف فى معذورية الجاهل بالخيار فى ترك المبادرة لعموم نفى الضرر إذ لا فرق بين الجاهل بالغبن [و الجاهل بالخيار فى ترك المبادرة لعموم نفى الضرر إذ لا فرق بين الجاهل بالغبن] و الجاهل بحكمه و ليس ترك الفحص عن الحكم الشرعى منافيا لمعذوريته كترك الفحص عن الغبن و عدمه و لو جهل الفورية فظاهر بعض الوفاق على المعذورية. و يشكل بعدم جريان نفى الضرر هنا لتمكنه من الفسخ و تدارك الضرر فيرجع إلى ما تقدم من أصالة بقاء آثار العقد و عدم صحة فسخ المغبون بعد الزمان الأول. و قد حكى عن بعض الأساطين عدم المعذورية فى خيار التأخير و المناط واحد و لو ادعى الجهل بالخيار فالأقوى القبول إلا أن يكون مما لا يخفى عليه هذا الحكم الشرعى إلا لعارض ففيه نظر. و قال فى التذكرة فى باب الشفعة إنه لو قال إنى لم أعلم ثبوت حق الشفعة أو قال أخرت لأنى لم أعلم أن الشفعة على الفور فإن كان قريب العهد بالإسلام أو نشأ فى برية لا يعرفون الأحكام قبل قوله و له الأخذ بالشفعة و إلا فلا انتهى. فإن أراد بالتقييد المذكور تخصيص السماع بمن يحتمل فى حقه الجهل فلا حاجة إليه لأن أكثر العوام و كثيرا من الخواص لا يعلمون مثل هذه الأحكام و إن أراد تخصيص السماع بمن يكون الظاهر فى حقه عدم العلم ففيه أنه لا داعى إلى اعتبار الظهور مع أن الأصل العدم

و الأقوى أن الناسى فى حكم الجاهل

و فى سماع دعواه النسيان نظر من أنه مدع و من تعسر إقامة البينة عليه و أنه لا يعرف إلا من قبله. و أما الشك فى ثبوت الخيار فالظاهر معذوريته و يحتمل عدم معذوريته لتمكنه من الفسخ بعد الاطلاع على الغبن ثم السؤال عن صحته شرعا فهو متمكن من الفسخ العرفى إذ الجهل بالصحة لا يمنع عن الإنشاء فهو مقصر بترك الفسخ لا لعذر فافهم و الله العالم

الخامس خيار التأخير

[كلام التذكرة فى خيار التأخير]

قال فى التذكرة من باع شيئا و لم يسلمه إلى المشترى و لا قبض الثمن و لا شرط تأخيره و لو ساعة لزم البيع ثلاثة أيام فإن جاء المشترى بالثمن فى هذه الثلاثة فهو أحق بالعين و إن مضت الثلاثة و لم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد و الصبر و المطالبة بالثمن عند علمائنا أجمع.

[الدليل على هذا الخيار]

اشارة

و الأصل فى ذلك قبل الإجماع المحكى عن الانتصار و الخلاف و الجواهر و غيرها- المعتضد بدعوى الاتفاق المصرح بها فى التذكرة و الظاهرة من غيرها و بما ذكره فى التذكرة من أن الصبر أبدا مظنة الضرر المنفى بالخبر بل الضرر هنا أشد من الضرر فى الغبن حيث إن المبيع هنا فى ضمانه و تلفه منه و ملك لغيره لا يجوز له التصرف فيه

الأخبار المستفيضة

اشارة

منها رواية على بن يقطين قال: سألت أبا الحسن ع عن الرجل يبيع البيع و لا يقبضه صاحبه و لا يقبض الثمن قال الأجل بينهما ثلاثة أيام فإن قبض بيعه و إلا فلا بيع بينهما و رواية إسحاق بن عمار عن العبد الصالح قال: من اشترى بيعا فمضت ثلاثة أيام و لم يجىء فلا بيع له و رواية ابن الحجاج قال: اشتريت محملا و أعطيت بعض الثمن و تركته عند صاحبه ثم احتبست أياما ثم جئت إلى بائع المحمل لأخذه فقال قد بعته فضحكت ثم قلت لا و الله لا أدعك أو أقاضيك- فقال أ ترضى بأبى بكر ابن عياش قلت نعم فأتيناه فقصصنا عليه قصصنا فقال أبو بكر بقول من تحب أن أقضى بينكما أ بقول صاحبك أو غيره قلت بقول صاحبى قال سمعته يقول من اشترى شيئا فجاء بالثمن ما بينه و بين ثلاثة أيام و إلا فلا بيع له و صحيحة زرارة عن أبى جعفر ع: قلت له الرجل يشترى من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول آتيك بثمنه قال إن جاء ما بينه و بين ثلاثة أيام و إلا فلا بيع له.

و ظاهر هذه الأخبار بطلان البيع

كما فهمه فى المبسوط حيث قال روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئا بعينه بثمن معلوم و قال للبائع أجيئك

المكاسب، ج۳، ص ۲۴۵

بالثمن و مضى فإن جاء فى مدة الثلاثة كان البيع له و إن لم يرتجع بطل البيع انتهى. و ربما يحكى هذا عن ظاهر الإسكافى المعبر بلفظ الروايات و توقف فيه المحقق الأردبيلى و قواه صاحب الكفاية و جزم به فى الحدائق طاعنا على العلامة فى المختلف حيث إنه اعترف بظهور الأخبار فى خلاف المشهور ثم اختار المشهور مستدلا بأن الأصل بقاء صحة العقد و حمل الأخبار على نفى اللزوم أقول ظهور الأخبار فى الفساد فى محله إلا أن فهم العلماء و حملهم الأخبار على نفى اللزوم مما يقرب هذا المعنى مضافا إلى ما يقال من أن قوله ع فى أكثر تلك الأخبار لا بيع له ظاهر فى انتفاء البيع بالنسبة إلى المشترى فقط و لا يكون إلا نفى اللزوم من طرف البائع إلا أن فى رواية ابن يقطين: فلا بيع بينهما و كيف كان فلا أقل من الشك فيرجع إلى استصحاب الآثار المترتبة على البيع و توهم كون

الصحة سابقا فی ضمن اللزوم فیرتفع بارتفاعه مندفع بأن اللزوم لیس من قبیل الفصل للصحة و إنما هو حکم مقارن لها فی خصوص البیع الخالی من الخیار

ثم إنه یشترط فی هذا الخیار أمور

أحدها عدم قبض المبیع

و لا خلاف فی اشتراطه ظاهرا- و یدل علیه من الروایات المتقدمة قوله فی صحیحة علی بن یقطین المتقدمة: فإن قبض بیعه و إلا فلا بیع بینهما بناء علی أن البیع هنا بمعنی المبیع لکن فی الریاض إنکار دلالة الأخبار علی هذا الشرط و تبعه بعض المعاصرین و لا أعلم له وجها غیر سقوط هذه الفقرة عن النسخة المأخوذة منها الروایة و احتمال قراءة قبض بالتخفیف و بیعه بالتشدید یعنی قبض بائعه الثمن و لا یخفی ضعف هذا الاحتمال لأن استعمال البیع بالتشدید مفردا نادر- بل لم یوجد مع إمکان إجراء أصالة عدم التشدید نظیر ما ذکره فی الروضة من أصالة عدم المد فی لفظ البکاء الوارد فی قواطع الصلاة ثم إنه لو کان عدم قبض المشتری لعدوان البائع- بأن بذل له الثمن فامتنع من أخذه و إقباض المبیع فالظاهر عدم الخیار لأن ظاهر النص و الفتوی کون هذا الخیار إرفاقا للبائع و دفعا لتضرره- فلا یجری فیما إذا کان الامتناع من قبله و لو قبضه المشتری علی وجه یکون للبائع استرداده کما إذا کان بدون إذنه مع عدم إقباض الثمن ففی کونه کلا قبض مطلقا أو مع استرداده أو کونه قبضا وجوه- رابعها ابتناء المسألة علی ما سیجیء فی أحکام القبض من ارتفاع الضمان عن البائع بهذا القبض و عدمه و لعله الأقوی إذ مع ارتفاع الضمان بهذا القبض لا ضرر علی البائع إلا من جهة وجوب حفظ المبیع لمالکه و تضرره بعدم وصول ثمنه إلیه و کلاهما ممکن الاندفاع بأخذ المبیع مقاصة و أما مع عدم ارتفاع الضمان بذلک فیجری دلیل الضرر بالتقریب المتقدم و إن ادعی انصراف الأخبار إلی غیر هذه الصورة لکنه مشکل کدعوی شمولها و لو قلنا بارتفاع الضمان و لو مکن المشتری من القبض فلم یقبض- فالأقوی أیضا ابتناء المسألة علی ارتفاع الضمان و عدمه. و ربما یستظهر من قول السائل فی بعض الروایات ثم یدعه عنده عدم کفایة التمکین و فیه نظر- و الأقوی عدم الخیار لعدم الضمان و فی کون قبض بعض المبیع کلا قبض لظاهر الأخبار أو کالقبض لدعوی انصرافها إلی صورة عدم قبض شیء منه أو تبعیض الخیار بالنسبة إلی المقبوض و غیره استنادا مع تسلیم الانصراف المذکور إلی تحقق الضرر بالنسبة إلی غیر المقبوض لا غیره وجوه.

الشرط الثانی عدم قبض مجموع الثمن

و اشتراطه مجمع علیه نصا و فتوی و قبض البعض کلا قبض بظاهر الأخبار- المعتضد بفهم أبی بکر بن عیاش فی روایة ابن الحجاج المتقدمة و ربما یستدل بتلک الروایة تبعا للتذکرة و فیه نظر و القبض بدون الإذن کعدمه- لظهور الأخبار فی اشتراط وقوعه بالإذن فی بقاء البیع علی اللزوم مع أن ضرر ضمان المبیع مع عدم وصول الثمن إلیه علی وجه یجوز له التصرف فیه باق.

نعم لو کان القبض بدون الإذن حقا کما إذا عرض المبیع علی المشتری فلم یقبضه فالظاهر عدم الخیار لعدم دخوله فی منصرف الأخبار و عدم تضرر البائع بالتأخیر و ربما یقال بکفایة القبض هنا مطلقا مع الاعتراف باعتبار الإذن فی الشرط السابق أعنی قبض المبیع نظرا إلی أنهم شرطوا فی عناوین المسألة فی طرف المبیع عدم إقباض المبیع إیاه و فی طرف الثمن عدم قبضه و فیه نظر لأن هذا النحو من التعبیر من مناسبات عنوان المسألة باسم البائع فیعبر فی طرف الثمن و المثمن بما هو فعل له و هو القبض فی الأول و الإقباض فی الثانی فتأمل. و لو أجاز المشتری قبض الثمن بناء علی اعتبار الإذن کانت فی حکم الإذن و هل هی کاشفة أو مثبتة أقواهما الثانی و یترتب علیه ما لو قبض قبل الثلاثة فأجاز المشتری بعدها.

الشرط الثالث عدم اشتراط تأخير تسليم أحد العوضين

لأن المتبادر من النص غير ذلك فيقتصر في مخالفة الأصل على منصرف النص مع أنه في الجملة إجماعي.

الشرط الرابع أن يكون المبيع عينا أو شبهه

كصاع من صبرة- نص عليه الشيخ في عبارته المتقدمة في نقل مضمون روايات أصحابنا و ظاهره كونه مفتى به عندهم و صرح به في التحرير و المهذب البارع و غاية المرام و هو ظاهر جامع المقاصد حيث قال لا فرق في الثمن بين كونه عينا أو في الذمة و قال في الغنية و روى أصحابنا أن المشتري إذا لم يقبض المبيع و قال أجيئك بالثمن و مضى فعلى البائع الصبر عليه ثلاثا ثم هو بالخيار بين فسخ البيع و مطالبته بالثمن هذا إذا كان المبيع مما يصح بقائه فإن لم يكن كذلك كالخضراوات فعليه الصبر يوما واحدا ثم هو بالخيار ثم ذكر أن تلف المبيع قبل الثلاثة من مال المشتري و بعده من مال البائع ثم قال و يدل على ذلك كله إجماع الطائفة انتهى. و في معقد إجماع الانتصار و الخلاف و جواهر القاضي لو باع شيئا معينا بثمن معين لكن في بعض نسخ الجواهر لو باع شيئا غير معين.

و قد أخذ عنه في مفتاح الكرامة و غيره و نسب إلى القاضي دعوى الإجماع على غير المعين و أظن الغلط في تلك النسخة و الظاهر أن المراد بالثمن المعين في معقد إجماعهم هو المعلوم في مقابل المجهول لأن تشخص الثمن غير معتبر إجماعا و لذا وصف في التحرير تبعا للمبسوط المبيع بالمعين و الثمن بالمعلوم و من البعيد

المكاسب، ج۳، ص ۲۴۶

اختلاف عنوان ما نسبه في الخلاف إلى إجماع الفرقة و أخبارهم مع ما نسبه في المبسوط إلى روايات أصحابنا مع أنا نقول إن ظاهر المعين في معاقد الإجماعات التشخص العيني لا مجرد المعلوم في مقابل المجهول و لو كان كليا خرجنا عن هذا الظاهر بالنسبة إلى الثمن للإجماع على عدم اعتبار التعيين فيه مع أنه فرق بين الثمن المعين و الشيء المعين فإن الثاني ظاهر في الشخصي بخلاف الأول. و أما معقد إجماع التذكرة المتقدم في عنوان المسألة فهو مختص بالشخصي لأنه ذكر في معقد الإجماع أن المشتري لو جاء بالثمن في الثلاثة فهو أحق بالعين و لا يخفى أن العين ظاهر في الشخصي هذه حال معاقد الإجماعات. و أما حديث نفي الضرر فهو مختص بالشخصي لأنه المضمون على البائع قبل القبض فيتضرر بضمانه و عدم جواز التصرف فيه و عدم وصول بدله إليه بخلاف الكلي. و أما النصوص فروايتا ابن يقطين و ابن عمار مشتملتان على لفظ البيع المراد به المبيع الذي يطلق قبل البيع على العين المعرضة للبيع و لا مناسبة في إطلاقه على الكلي كما لا يخفى و رواية زرارة ظاهرة أيضا في الشخصي من جهة لفظ المتاع و قوله يدعه عنده فلم يبق إلا قوله ع في رواية أبي بكر بن عياش: من اشترى شيئا فإن إطلاقه و إن شمل المعين و الكلي إلا أن الظاهر من لفظ الشيء الموجود الخارجي- كما في قول القائل اشتريت شيئا و لو في ضمن أمور متعددة كصاع من صبرة و الكلي المبيع ليس موجودا خارجيا إذ ليس المراد من الكلي هنا الكلي الطبيعي الموجود في الخارج لأن المبيع قد يكون معدوما عند العقد و الموجود منه قد لا يملكه البائع حتى يملكه بل هو أمر اعتباري يعامل في العرف و الشرع معه معاملة الأملاك و هذه المعاملة و إن اقتضت صحة إطلاق لفظ الشيء عليه أو على ما يعمه إلا أنه ليس بحيث لو أريد من اللفظ خصوص ما عداه من الموجود الخارجي الشخصي احتيج إلى قرينة على التقييد فهو نظير المجاز المشهور و المطلق المنصرف إلى بعض أفراده انصرافا لا يحوج إرادة المطلق إلى القرينة- فلا يمكن دفع احتمال إرادة خصوص الموجود الخارجي بأصالة عدم القرينة فافهم. فقد ظهر مما ذكرنا أن ليس في أدلة المسألة- من النصوص و الإجماعات المنقولة و دليل الضرر ما يجري في المبيع الكلي و ربما ينسب التعميم إلى ظاهر الأكثر- لعدم تقييدهم البيع بالشخصي. و فيه أن التأمل في عباراتهم مع الإنصاف يعطي الاختصاص بالمعين أو الشك في التعميم مع أنه معارض بعدم تصريح أحد بكون المسألة محل الخلاف من حيث التعميم و التخصيص إلا الشهيد في الدروس حيث قال إن الشيخ قدس سره قيد في المبسوط هذا الخيار بشراء المعين فإنه ظاهر في عدم فهم هذا التقييد من كلمات باقي الأصحاب لكنك عرفت أن الشيخ قدس سره قد أخذ هذا التقييد في

مضمون روایات أصحابنا و کیف کان فالتأمل فی أدلهٔ المسألهٔ و فتاوی الأصحاب یشرف الفقیه علی القطع باختصاص الحکم بالمعین

ثم إن هنا أمورا قیل باعتبارها فی هذا الخیار

منها عدم الخیار لأحدهما أو لهما

. قال فی التحریر و لا خیار للبائع لو کان فی المبیع خیار لأحدهما. و فی السرائر قید الحکم فی عنوان المسألهٔ بقوله و لم یشترطا خیارا لهما أو لأحدهما و ظاهره الاختصاص بخیار الشرط و یحتمل أن یکون الاقتصار علیه لعنوان المسألهٔ فی کلامه بغیر الحیوان و هو المتاع- و کیف کان فلا أعرف وجها معتمدا فی اشتراط هذا الشرط- سواء أراد ما یعم خیار الحیوان أم خصوص خیار الشرط و سواء أرید مطلق الخیار و لو اختص بما قبل انقضاء الثلاثهٔ أم أرید خصوص الخیار المحقق فیما بعد الثلاثهٔ سواء أحدث فیها أم بعدها و أوجه ما یقال فی توجیه هذا القول مضافا إلی دعوی انصراف النصوص إلی غیر هذا الفرض أن شرط الخیار فی قوهٔ اشتراط التأخیر و تأخیر المشتری بحق الخیار ینفی خیار البائع. و توضیح ذلک ما ذکره فی التذکرهٔ فی أحکام الخیار من أنه لا یجب علی البائع تسلیم المبیع و لا علی المشتری تسلیم الثمن فی زمان الخیار و لو تبرع أحدهما بالتسلیم لم یبطل خیاره و لا یجبر الآخر علی تسلیم ما فی یده و له استرداد المدفوع قضیهٔ للخیار. و قال بعض الشافعیهٔ لیس له استرداده و له أخذ ما عند صاحبه بدون رضاه کما لو کان التسلیم بعد لزوم البیع انتهی. و حینئذ فوجه هذا الاشتراط أن ظاهر الأخبار کون عدم مجیء المشتری بالثمن بغیر حق التأخیر و ذو الخیار له حق التأخیر و ظاهرها أیضا کون عدم إقباض البائع لعدم قبض الثمن لا لحق له فی عدم الإقباض. و الحاصل أن الخیار بمنزلهٔ تأجیل أحد العوضین. و فیه بعد تسلیم الحکم فی الخیار و تسلیم انصراف الأخبار إلی کون التأخیر بغیر حق أنه ینبغی علی هذا القول کون مبدأ الثلاثهٔ من حین التفرق و کون هذا الخیار مختصا بغیر الحیوان مع اتفاقهم علی ثبوته فیه کما یظهر من المختلف. و ذهب الصدوق إلی کون الخیار فی الجاریهٔ بعد شهر إلا أن یراد بما فی التحریر عدم ثبوت خیار التأخیر ما دام الخیار ثابتا لأحدهما فلا ینافی ثبوته فی الحیوان بعد الثلاثهٔ. و قد یفصل بین ثبوت الخیار للبائع من جههٔ أخری فیسقط معه هذا الخیار لأن خیار التأخیر شرع لدفع ضرره و قد اندفع بغیره و لدلالهٔ النص و الفتوی علی لزوم البیع فی الثلاثهٔ فیختص بغیر صورهٔ ثبوت الخیار له قال و دعوی أن المراد من الأخبار اللزوم من هذه الجهه مدفوعهٔ بأن التأخیر سبب للخیار و لا یتقید الحکم بالسبب و بین ما إذا کان الخیار للمشتری فلا وجه لسقوطه مع أن اللازم منه عدم ثبوت هذا الخیار فی الحیوان. و وجه ضعف هذا التفصیل أن ضرر الصبر بعد الثلاثهٔ لا یندفع بالخیار فی الثلاثهٔ. و أما ما ذکره من عدم تقیید الحکم بالسبب فلا یمنع من کون نفی الخیار فی الثلاثهٔ من جهه التضرر بالتأخیر و لذا لا ینافی هذا الخیار خیار المجلس- .

و منها تعدد المتعاقدین

لأن النص مختص بصورهٔ التعدد و لأن هذا الخیار ثبت بعد خیار المجلس و خیار المجلس باق مع اتحاد العاقد إلا مع إسقاطه. و فیه أن المناط عدم الإقباض و القبض و لا إشکال فی تصوره من المالکین مع اتحاد العاقد من قبلهما. و أما خیار المجلس فقد عرفت أنه غیر ثابت للوکیل فی مجرد العقد

المکاسب، ج۳، ص ۲۴۷

و علی تقدیره فیمکن إسقاطه أو اشتراط عدمه. نعم لو کان العاقد ولیا بیده العوضان لم یتحقق الشرطان الأولان أعنی عدم الإقباض و القبض و لیس ذلک من جهه اشتراط التعدد.

و منها أن لا يكون المبيع حيوانا أو خصوص الجارية

فإن المحكى عن الصدوق فى المقنع أنه إذا اشترى جارية فقال أجيئك بالثمن فإن جاء بالثمن فيما بينه و بين شهر و إلا فلا بيع له. و ظاهر المختلف نسبة الخلاف إلى الصدوق فى مطلق الحيوان و المستند فيه رواية ابن يقطين: عن رجل اشترى جارية فقال أجيئك بالثمن فقال إن جاء بالثمن فيما بينه و بين شهر و إلا فلا بيع له و لا دلالة فيها على صورة عدم إقباض الجارية و لا قرينة على حملها عليها فيحتمل الحمل على اشتراط المجيء بالثمن إلى شهر فى متن العقد فيثبت الخيار عند تخلف الشرط و يحتمل الحمل على استحباب صبر البائع و عدم فسخه إلى شهر و كيف كان فالرواية مخالفة لعمل المعظم فلا بد من حملها على بعض الوجوه

ثم إن مبدء الثلاثة من حين التفرق أو من حين العقد

وجهان من ظهور قوله:

فإن جاء بالثمن بينه و بين ثلاثة أيام فى كون مدة الغيبة ثلاثة و من كون ذلك كناية عن عدم التقابض ثلاثة أيام كما هو ظاهر قوله ع فى رواية ابن يقطين:

الأجل بينهما ثلاثة أيام فإن قبض بيعه و إلا فلا بيع بينهما و هذا هو الأقوى.

مسألة يسقط هذا الخيار بأمور

أحدها إسقاطه بعد الثلاثة

بلا إشكال و لا خلاف و فى سقوطه بالإسقاط فى الثلاثة وجهان من أن السبب فيه الضرر الحاصل بالتأخير فلا يتحقق إلا بعد الثلاثة و لذا صرح فى التذكرة بعدم جواز إسقاط خيار الشرط قبل التفرق إذا قلنا بكون مبدئه بعده مع أنه أولى بالجواز و من أن العقد سبب الخيار فيكفى وجوده فى إسقاطه مضافا إلى فحوى جواز اشتراط سقوطه فى ضمن العقد

الثانى اشتراط سقوطه فى متن العقد

حكى عن الدروس و جامع المقاصد و تعليق الإرشاد و لعله لعموم أدلة الشروط و يشكل على عدم جواز إسقاطه فى الثلاثة بناء على أن السبب فى هذا الخيار هو الضرر الحادث بالتأخير دون العقد فإن الشرط إنما يسقط به ما يقبل الإسقاط بدون الشرط و لا يوجب شرعية سقوط ما لا يشرع إسقاطه بدون شرط فإن كان إجماع على السقوط بالشرط كما حكاه بعض قلنا به بل بصحة الإسقاط بعد العقد لفحواه و إلا فللنظر فيه مجال.

الثالث بذل المشترى للثمن بعد الثلاثة

فإن المصرح به فى التذكرة سقوط الخيار حينئذ و قيل بعدم السقوط بذلك استصحابا و هو حسن لو استند فى الخيار إلى الأخبار و أما إذا استند فيه إلى الضرر [- ۳- ۴۸۷- ۲] فلا شك فى عدم الضرر حال بذل الثمن فلا ضرر ليتدارك بالخيار و لو فرض تضرره سابقا بالتأخير فالخيار لا يوجب تدارك ذلك و إنما يتدارك به الضرر المستقبل و دعوى أن حدوث الضرر قبل البذل يكفى فى بقاء الخيار مدفوعة بأن الأحكام المترتبة على نفى الضرر تابعة للضرر الفعلى لا مجرد حدوث الضرر فى زمان و لا يبعد دعوى انصراف الأخبار إلى صورة التضرر فعلا- يقال بأن عدم حضور المشترى علة لانتفاء اللزوم يدور معها وجودا و عدما و كيف كان فمختار التذكرة لا يخلو عن قوة.

الرابع أخذ [- ۲- ۵۵- ۵] الثمن من المشترى بناء على عدم سقوطه بالبذل

و إلا لم یحتج إلی الأخذ به و السقوط به لأنه التزام فعلی [- ۳- ۴۸۷- ۶] بالبیع و رضا بلزومه و هل یشترط إفادة العلم بکونه لأجل الالتزام أو یکفی الظن فلو احتمل کون الأخذ بعنوان العاریة أو غیرها لم ینفع أم لا- یعتبر الظن أیضا وجوه من عدم تحقق موضوع الالتزام إلا بالعلم و من کون الفعل مع إفادة الظن أمارة عرفیة علی الالتزام کالقول. و مما تقدم من سقوط خیار الحیوان أو الشرط بما کان رضاء نوعیا بالعقد و هذا من أوضح أفراده. و قد بینا عدم اعتبار الظن الشخصی فی دلالة التصرف علی الرضا و خیر الوجوه أوسطها لکن الأقوی الأخیر و هل یسقط الخیار بمطالبة الثمن المصرح به فی التذکرة و غیرها العدم للأصل و عدم الدلیل و یحتمل السقوط لدلالته علی الرضا بالبیع. و فیه أن سبب الخیار هو التضرر فی المستقبل- لما عرفت من أن الخیار لا یتدارک به ما مضی من ضرر الصبر و مطالبة الثمن لا- یدل علی التزام الضرر المستقبل حتی یکون التزاما بالبیع بل مطالبة الثمن إنما هو استدفاع للضرر المستقبل کالفسخ لا- الالتزام بذلک الضرر لیسقط الخیار و لیس الضرر هنا من قبیل الضرر فی بیع الغبن و نحوه مما کان الضرر حاصلا بنفس العقد حتی یکون الرضا به بعد العقد و العلم بالضرر التزاما بالضرر الذی هو سبب الخیار. و بالجملة فالمسقط لهذا الخیار لیس إلا دفع الضرر المستقبل ببذل الثمن أو التزامه بإسقاطه أو اشتراط سقوطه و ما تقدم من سقوط الخیارات المتقدمة بما یدل علی الرضا فإنما هو حیث یکون العقد سببا للخیار و لو من جهة التضرر بلزومه و ما نحن فیه لیس من هذا القبیل مع أن سقوط تلک الخیارات بمجرد مطالبة الثمن أیضا محل نظر لعدم کونه تصرفا و الله العالم.

مسألة فی کون هذا الخیار علی الفور أو التراخی

قولان و قد تقدم ما یصلح أن یستند إلیه لکل من القولین فی مطلق الخیار مع قطع النظر عن خصوصیات الموارد و قد عرفت أن الأقوی الفور و یمکن أن یقال فی خصوص [- ۱- ۱۳۰- ۱] ما نحن فیه أن ظاهر قوله ع لا- بیع له نفی البیع رأسا و إلا- نسب بنفی الحقیقة بعد عدم إرادة نفی الصحة هو نفی لزومه رأسا بأن لا یعود لازما أبدا فتأمل. [- ۳- ۴۸۷- ۱۳] ثم علی تقدیر إهمال النص و عدم ظهوره فی العموم یمکن التمسک بالاستصحاب هنا لأن اللزوم إذا ارتفع عن البیع فی زمان فعوده یحتاج إلی دلیل و لیس الشک هنا فی موضوع المستصحب نظیر ما تقدم فی استصحاب الخیار لأن الموضوع مستفاد من النص فراجع و کیف کان فالقول بالتراخی لا یخلو عن قوة إما لظهور النص و إما للاستصحاب- .

مسألة لو تلف المبیع بعد الثلاثة- کان من البائع إجماعا مستفیضا

بل متواترا کما فی الریاض و یدل علیه النبوی المشهور و إن کان فی کتب روایات أصحابنا غیر مسطور: کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و إطلاقه کمعاقد الإجماعات یعم ما لو تلف فی حال الخیار أم تلف بعد بطلانه کما لو قلنا بکونه علی الفور فبطل بالتأخیر أو بذل المشتری الثمن فتلف العین فی هذا الحال و قد یعارض النبوی بقاعدة

المکاسب، ج۳، ص ۲۴۸

الملازمة بین النماء و الدرک المستفادة من النص و الاستقراء و القاعدة المجمع علیها من أن التلف فی زمان الخیار ممن لا خیار له لکن النبوی أخص من القاعدة الأولی فلا معارضة و القاعدة الثانیة لا عموم فیها یشمل جمیع أفراد الخیار و لا جمیع أحوال البیع حتی قبل القبض بل التحقیق فیها کما سیجیء إن شاء الله اختصاصها بخیار المجلس و الشرط و الحیوان مع کون التلف بعد القبض و لو تلف فی الثلاثة فالمشهور کونه من مال البائع أیضا. و عن الخلاف الإجماع علیه خلافا لجماعة من القدماء منهم المفید و السیدان مدعین علیه الإجماع و هو مع قاعدة ضمان المالک [- ۵- ۳۸۴- ۱] لما له یصح حجة لهذا القول لکن الإجماع معارض بل موهون و

القاعـدة مخصـصة بالنبوى المـذكور المنجبر من حيث الصدور مضافا إلى رواية عقبة بن خالد: [- ٣- ۴۸۹- ۴] فى رجل اشترى متاعا من رجل و أوجبه غير أنه ترک المتاع عنـده و لم يقبضه قال آتيک غدا إن شاء الله تعالى فسرق المتاع من مال من يكون قال من مال صاحب المتاع الـذى هو فى بيته حتى يقبض المال و يخرجه من بيته فإذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه- حتى يرد إليه حقه و لو مكنـه من القبض [- ٢- ۵٧- ١] فلم يتسلم فضـمان البائع مبنى على ارتفاع الضـمان بذلک و هو الأقوى. قال الشيخ فى النهاية إذا باع الإنسان شـيئا و لم يقبض المتاع [- ٣- ۵٠۴- ٩] و لا قبض الثمن و مضـى المبتاع فإن العقد موقوف ثلاثة أيام فإن جاء المبتاع فى مدة ثلاثـة أيام كان المبيع له و إن مضت ثلاثـة أيام كان البائع أولى بالمتاع فإن هلک المتاع فى هذه الثلاثة أيام و لم يكن قبضه إياه كان من مال البائع دون المبتاع و إن كان قبضه إياه ثم هلک فى مـدة ثلاثـة أيام كان من مال المبتاع و إن هلک بعـد الثلاثـة أيام كان من مال البائع على كل حال لأن الخيار له بعـدها انتهى المحكى فى المختلف. و قال بعد الحكاية و فيه نظر إذ مع القبض يلزم البيع انتهى. أقول كأنه جعل الفقرة الثالثة مقابلة للفقرتين فتشمل ما بعد القبض و ما قبله خصوصا مع قوله على كل حال لكن التعميم مع أنه خلاف الإجمـاع مناف لتعليل الحكم [- ٢- ٣۵٧- ۵] بعـد ذلک بقوله لأن الخيار له بعـد ثلاثـة أيام- فإن المعلوم أن الخيار إنما يكون له مع عدم القبض فيدل ذلک على أن الحكم المعلل مفروض فيما قبل القبض

مسألة لو اشترى ما يفسد من يومه فإن جاء بالثمن ما بينه و بين الليل و إلا فلا بيع له

كما فى مرسلة محمد بن أبى حمزة و المراد من نفى البيع نفى لزومه و يدل عليه قاعدة نفى الضـرر فإن البائع ضامن للمبيع ممنوع عن التصـرف فيه محروم عن الثمن و من هنا يمكن تعدية الحكم إلى كل مورد يتحقق فيه هذا الضـرر و إن خرج عن مورد النص كما إذا كان المبيع مما يفسد فى نصف يوم أو فى يومين فيثبت فيه الخيار فى زمان يكون التأخير عنه ضـررا على البائع لكن ظاهر النص يوهم خلاف ما ذكرنا لأن الموضوع فيه ما يفسـد من يومه و الحكم فيه بثبوت الخيار من أول الليل فيكون الخيار فى أول أزمنة الفساد و من المعلوم أن الخيار حينئذ لا يجدى للبائع شيئا لكن المراد من اليوم اليوم و ليلة فالمعنى أنه لا يبقى على صفة الصلاح أزيد من يوم بليلة فيكون المفسـد له المبيت لا مجرد دخول الليل فإذا فسـخ البائع أول الليل أمكن له الانتفاع به و ببـدله و لأجل ذلک عبر فى الـدروس عن هـذا الخيار بخيار ما يفسـده المبيت و أنه ثابت عنـد دخول الليل. و فى معقـد إجماع الغنيـة أن على البائع الصبر يوما واحدا ثم هو بالخيـار و فى محكى الوسيلة أن خيار الفواكه للبائع فإذا مر على المبيع يوم و لم يقبض المبتاع كان البائع بالخيار و نحوها عبارة جامع الشـرائع. نعم عبـارات جماعـة من الأصـحاب لاـ يخلو عن اختلاـل فى التعبير- لكن الإجمـاع على عـدم الخيـار للبائع فى النهار يوجب تأويلها إلى ما يوافق الـدروس و أحسن تلک العبارات عبارة الصـدوق فى الفقيه التى أسـندها فى الوسائل إلى روايـة زرارة قال العهدة فيما يفسـد من يومه مثل البقول و البطيـخ و الفواكه يوم إلى الليل فإن المراد بالعهـدة عهدة البائع. و قال فى النهاية و إذا باع الإنسان ما لا يصـح عليه البقاء من الخضـر و غيرها و لم يقبض المبتاع و لا قبض الثمن كان الخيار فيه يوما فإن جاء المبتاع بالثمن فى ذلک اليوم و إلاـ فلا بيع له انتهى. و نحوها عبارة السـرائر و الظاهر أن المراد بالخيار اختيار المشترى فى تأخير القبض و الإقباض مع بقاء البيع على حـاله من اللزوم و أما المتأخرون فظاهر أكثرهم يوهم كون الليل غايـة للخيار و إن اختلفوا بين من عبر بكون الخيار يوما و من عبر بأن الخيار إلى الليل و لم يعلم وجه صـحيح لهـذه التعبيرات مع وضوح المقصـد إلا متابعة عبارة الشـيخ فى النهاية لكنک عرفت أن المراد بالخيار فيه اختيار المشترى و أن له تأخير القبض و الإقباض و هذا الاسـتعمال فى كلام المتأخرين خلاف ما اصطلحوا عليه لفظ الخيار فلا يحسن المتابعـة هنا فى التعبير و الأولى تعبير الدروس كما عرفت ثم الظاهر أن شـروط هذا الخيار شـروط خيار التأخير لأنه فرد من أفراده كما هو صـريح عنوان الغنية و غيرها فيشترط فيه جميع ما سـبق من الشـروط. نعم لا ينبغى التأمل هنا فى اختصاص الحكم بالبيع الشخصـى أو ما فى حكمه كالصاع من الصبرة و قد عرفت هناک أن التأمل فى الأدلة و الفتاوى يشرف الفقيه على القطع بالاختصاص

أيضا و حكم الهلاك فى اليوم هنا و فيما بعده حكم المبيع هناك فى كونه من البائع فى الحالين و لازم القول الآخر هناك جريانه هنا كما صرح به فى الغنية حيث جعله قبل الليل من المشترى ثم إن المراد بالفساد فى النص و الفتوى ليس الفساد الحقيقى لأن موردهما هو الخضر و الفواكه و البقول و هذه لا تضيع بالمبيت و لا تهلك بل المراد ما يشمل تغير العين نظير التغير الحادث فى هذه الأمور بسبب المبيت و لو لم يحدث فى المبيع إلا فوات السوق ففى إلحاقه بتغير العين وجهان من كونه ضررا و من إمكان منع ذلك لكونه فوت نفع لا ضرر

السادس خيار الرؤية

اشارة

و المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترطه فيه

المكاسب، ج۳، ص ۲۴۹

المتبايعان و يدل عليه قبل الإجماع المحقق و المستفيض حديث نفى الضرر و استدل عليه أيضا بأخبار منها صحيحة جميل بن دراج قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل اشترى ضيعة و قد كان يدخلها و يخرج منها فلما أن نقد المال صار إلى الضيعة فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه فلم يقله فقال أبو عبد الله ع إنه لو قلب منها و نظر إلى تسع و تسعين قطعة ثم بقى منها قطعة لم يرها لكان له فيها خيار الرؤية و لا بد من حملها على صورة يصح معها بيع الضيعة إما بوصف القطعة غير المرئية أو بدلالة ما رءاه منها على ما لم يره. و قد يستدل بصحيحة زيد الشحام قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم فقال ع لا يشتر شيئا حتى يعلم أين يخرج السهم فإن اشترى شيئا فهو بالخيار إذا خرج. قال فى الحدائق و توضيح معنى هذا الخبر- ما رواه فى الكافى و التهذيب فى الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج عن منهال القصاب و هو مجهول قال: قلت لأبى عبد الله ع أشترى الغنم أو يشترى الغنم جماعة ثم تدخل دارا ثم يقوم رجل على الباب فيعد واحد أو اثنين و ثلاثة و أربعة و خمسة ثم يخرج السهم قال لا يصلح هذا إنما تصلح السهام إذا عدلت القسمة الخبر. أقول لم يعلم وجه الاستشهاد به لما نحن فيه لأن المشترى لسهم القصاب إن اشتراه مشاعا فلا مورد لخيار الرؤية و إن اشترى سهمه المعين الذى يخرج فهو شراء فرد غير معين و هو باطل و على الصحة فلا خيار فيه للرؤية كالمشاع و يمكن حمله على شراء عدد معين نظير الصاع من الصبرة- و يكون له خيار الحيوان إذا خرج السهم ثم إن صحيحة جميل مختصة بالمشترى- و الظاهر الاتفاق على أن هذا الخيار يثبت للبائع أيضا إذا لم ير المبيع و باعه بوصف غيره فتبين كونه زائدا على ما وصف. و حكى عن بعض أنه يحتمل فى صحيحة جميل أن يكون التفتيش من البائع بأن يكون البائع باعه بوصف المشترى و حينئذ فيكون الجواب عاما بالنسبة إليهما على تقدير هذا الاحتمال و لا يخفى بعده و أبعد منه دعوى عموم الجواب و الله العالم.

مسألة مورد هذا الخيار بيع العين الشخصية الغائبة

و المعروف أنه يشترط فى صحته ذكر أوصاف المبيع- التى يرتفع بها الجهالة الموجبة للغرر إذ لولاها لكان غررا و عبر بعضهم عن هذه الأوصاف بما يختلف الثمن باختلافه كما فى الوسيلة و جامع المقاصد و غيرهما و آخر بما يعتبر فى صحة السلم و آخرون كالشيخين و الحلى اقتصروا على اعتبار ذكر الصفة و الظاهر أن مرجع الجميع واحد و لذا ادعى الإجماع على كل واحد منها. ففى موضع من التذكرة يشترط فى بيع خيار الرؤية وصف المبيع وصفا يكفى فى السلم عندنا و عنه فى موضع آخر من التذكرة أن شرط

صحة بيع الغائبة وصفها بما يرفع الجهالة عند علمائنا أجمع و يجب ذكر اللفظ الدال على الجنس ثم ذكر أنه يجب ذكر اللفظ الدال على التميز و ذلك بذكر جميع الصفات التى تختلف الأثمان باختلافها و يتطرق الجهالة بترك بعضها انتهى و فى جامع المقاصد ضابط ذلك أن كل وصف يتفاوت الرغبات بثبوته و انتفائه و يتفاوت به القيمة تفاوتا ظاهرا لا يتسامح به يجب ذكره فلا بد من استقصاء أوصاف السلم انتهى. و ربما يتراءى التنافى بين اعتبار ما يختلف الثمن باختلافه- و كفاية ذكر أوصاف السلم من جهة أنه قد يتسامح فى السلم فى ذكر بعض الأوصاف لإفضائه إلى عزة الوجود أو لتعذر الاستقصاء على التحقيق و هذا المانع مفقود فيما نحن فيه. قال فى التذكرة فى باب السلم لا يشترط وصف كل عضو من الحيوان بأوصافه المقصودة و إن تفاوت به الغرض و القيمة لإفضائه إلى عزة الوجود انتهى و قال فى السلم فى الأحجار المتخذة للبناء إنه يذكر نوعها و لونها و يصف عظمها فيقول ما يحمل البعير منها اثنتين أو ثلاثا أو أربعا على سبيل التقريب دون التحقيق لتعذر التحقيق و يمكن أن يقال إن المراد ما يعتبر فى السلم فى حد ذاته مع قطع النظر عن العذر الموجب للمسامحة فى بعض أفراد السلم و إن كان يمكن أن يورد على مسامحتهم هناك أن الاستقصاء فى الأوصاف شرط فى السلم غير مقيد بحال التمكن فتعذره يوجب فساد السلم لا الحكم بعدم اشتراطه كما حكموا بعدم جواز السلم فيما لا يمكن ضبط أوصافه و تمام الكلام فى محله ثم إن الأوصاف التى يختلف الثمن من أجلها- غير محصورة خصوصا فى العبيد و الإماء فإن مراتبهم الكمالية التى يختلف بها أثمانهم غير محصورة جدا و الاقتصار على ما يرفع به معظم الغرر إحالة على مجهول بل يوجب الاكتفاء على ما دون صفات السلم لانتفاء الغرر عرفا بذلك مع أنا علمنا أن الغرر العرفى أخص من الشرعى- و كيف كان فالمسألة لا تخلو عن إشكال و أشكل من ذلك أن الظاهر أن الوصف يقوم مقام الرؤية المتحققة فى بيع العين الحاضرة و على هذا فيجب أن يعتبر فى الرؤية أن يحصل بها الاطلاع على جميع الصفات المعتبرة فى العين الغائبة مما يختلف الثمن باختلافه. قال فى التذكرة يشترط رؤية ما هو مقصود بالبيع كداخل الثوب فلو باع ثوبا مطويا أو عينا حاضرة لا يشاهد منها ما يختلف الثمن لأجله كان كبيع الغائب يبطل إن لم يوصف وصفا يرفع الجهالة انتهى. و حاصل هذا الكلام اعتبار وقوع المشاهدة على ما يعتبر فى صحة السلم و بيع الغائب و من المعلوم من السيرة عدم اعتبار الاطلاع بالرؤية على جميع الصفات المعتبرة فى السلم و بيع العين الغائبة فإنه قد لا يحصل الاطلاع بالمشاهدة على سن الجارية بل و لا على نوعها و لا غيرها من الأمور التى لا يعرفها إلا أهل المعرفة بها فضلا عن مرتبة كمالها الإنسانى المطلوبة فى الجوارى المبذول بإزائها الأموال و يبعد كل البعد التزام ذلك أو ما دون ذلك فى المشاهدة بل يلزم من ذلك عدم صحة شراء غير العارف بأوصاف المبيع الراجعة إلى نوعه أو صنفه أو شخصه بل هو بالنسبة إلى الأوصاف التى اعتبروها كالأعمى لا بد من مراجعته لبصير عارف و لا أجد فى المسألة أوثق من أن يقال إن المعتبر هو الغرر العرفى فى العين الحاضرة و الغائبة الموصوفة فإن دل على اعتبار أزيد من ذلك حجة معتبرة أخذ به و ليس فيما ادعاه العلامة فى التذكرة من الإجماع حجة مع استناده فى ذلك إلى كونه غررا عرفا حيث قال فى أول مسألة اشتراط العلم بالعوضين أنه أجمع علمائنا على اشتراط العلم بالعوضين ليعرف ما

المكاسب، ج۳، ص ۲۵۰

ملك بإزاء ما بذل فينتفى الغرر فلا يصح بيع العين الغائبة ما لم تتقدم رؤية أو يوصف وصفا يرفع الجهالة انتهى. و لا ريب أن المراد بمعرفة ما ملك معرفته على وجه وسط بين طرفى الإجمال و التفصيل ثم إنه يمكن الاستشكال فى صحة هذا العقد بأن ذكر الأوصاف لا يخرج البيع عن كونه غررا لأن الغرر بدون أخذ الصفات من حيث الجهل بصفات المبيع فإذا أخذت فيه مقيدا بها صار مشكوك الوجود لأن العبد المتصف بتلك الصفات مثلا لا يعلم وجوده فى الخارج و الغرر فيه أعظم و يمكن أن يقال إن أخذ الأوصاف فى معنى الاشتراط لا التقييد فيبيع العبد مثلا ملتزما بكونه كذا و كذا و لا غرر فيه حينئذ عرفا. و قد صرح فى النهاية و المسالك فى مسألة ما لو رأى المبيع ثم تغير عما رءاه أن الرؤية بمنزلة الاشتراط و لازمه كون الوصف القائم مقام الرؤية اشتراطا و يمكن أن يقال بيناء هذا البيع على تصديق البائع أو غيره فى إخباره باتصاف المبيع بالصفات المذكورة كما يجوز الاعتماد عليه فى الكيل و الوزن و لذا

ذكروا أنه يجوز مع جهل المتبايعين بصفة العين الغائبة المبايعة بوصف ثالث لهما و كيف كان فلا غرر عرفا فى بيع العين الغائبة مع اعتبار الصفات الرافعة للجهالة و لا دليل شرعا أيضا على المنع من حيث عدم العلم بوجود تلك الصفات فيتعين الحكم بجوازه مضافا إلى الإجماع عليه ممن عدا بعض العامة ثم إن الخيار بين الرد و الإمساك مجانا هو المشهور بين الأصحاب. و صريح السرائر تخييره بين الرد و الإمساك بالأرش و أنه لا- يجبر على أحدهما و يضعف بأنه لا دليل على الأرش. نعم لو كان للوصف المفقود دخل فى الصحة توجه أخذ الأرش لكن بخيار العيب لا- خيار رؤية المبيع على خلاف ما وصفه إذ لو لا الوصف ثبت خيار العيب أيضا و سيجىء عدم اشتراط ذكر الأوصاف الراجعة إلى وصف الصحة و أضعف من هذا ما ينسب إلى ظاهر المقنعة و النهاية و المراسم من بطلان البيع إذ أوجد على خلاف ما وصف لكن الموجود فى المقنعة و النهاية أنه لم يكن على الوصف كان البيع مردودا و لا يبعد كون المراد بالمردود القابل للرد لا الباطل فعلا. و قد عبر فى النهاية عن خيار الغبن بذلك فقال و لا بأس بأن يبيع الإنسان متاعا بأكثر مما يسوى إذا كان المبتاع من أهل المعرفة فإن لم يكن كذلك كان البيع مردودا و على تقدير وجود القول بالبطلان فلا يخفى ضعفه لعدم الدليل على البطلان بعد انعقاده صحيحا عدا ما فى مجمع البرهان- و حاصله وقوع العقد على شىء مغاير للموجود فالمعقود عليه غير موجود و الموجود غير معقود عليه و يضعف بأن محل الكلام فى تخلف الأوصاف التى لا- يوجب مغايرة الموصوف للموجود عرفا بأن يقال إن المبيع فاقد للأوصاف المأخوذة فيه لا إنه مغاير للموجود. نعم لو كان ظهور الخلاف فيما له دخل فى حقيقة المبيع عرفا فالظاهر عدم الخلاف فى البطلان و لو أخذ فى عبارة العقد على وجه الاشتراط كأن يقول بعتك ما فى البيت على أنه عبد حبشى فبان حمارا وحشيا إلا- أن يقال إن الموجود و إن لم يعد مغايرا للمعقود عليه عرفا إلا أن اشتراط اتصافه بالأوصاف فى معنى كون القصد إلى بيعه بانيا على تلك الأوصاف فإذا فقد ما بنى عليه العقد فالمقصود غير حاصل فينبغى بطلان البيع و لذا التزم أكثر المتأخرين بفساد العقد بفساد شرطه فإن قصد الشرط إن كان مؤثرا فى المعقود عليه فالواجب كون تخلفه موجبا لبطلان العقد و إلا لم يوجب فساده فساد العقد بل غاية الأمر ثبوت الخيار و من هنا يظهر أن دفع ما ذكر فى وجه البطلان الذى جعله المحقق الأردبيلى موافقا للقاعدة. و احتمله العلامة رحمه الله فى النهاية فيما إذا ظهر ما رءاه سابقا على خلاف ما رءاه بأنه اشتباه ناش عن عدم الفرق بين الوصف المعين للكليات و الوصف المعين فى الشخصيات و بين الوصف الذاتى و العرضى و أن أقصى ما هناك كونه من باب تعارض الإشارة و الوصف و الإشارة أقوى مجازفة لا محصل لها و أما كون الإشارة أقوى من الوصف عند التعارض فلو جرى فيما نحن فيه لم يكن اعتبار بالوصف فينبغى لزوم العقد و إثبات الخيار من جهة كونه وصفا لشخص لا مشخصا لكلى حتى يتقوم به و كونه عرضيا لا- ذاتيا إعادة للكلام السابق و يمكن أن يقال إن المستفاد من النصوص و الإجماعات فى الموارد المتفرقة عدم بطلان البيع بمخالفة الصفة المقصودة غير المتقومة للمبيع سواء علم القصد

إليها من الخارج أم اشترطت فى العقد كالحكم بمضى العقد على المعيب مع عدم القصد إلا إلى الصحيح و منه المصراة- و كالحكم فى النص و الفتوى بتبعيض الصفقة إذا باع ما يملك و ما لم يملك و غير ذلك فتأمل و سيجىء بعض الكلام فى مسألة الشرط الفاسد إن شاء الله نعم هنا إشكال آخر من جهة تشخيص الوصف الداخل فى الحقيقة عرفا الموجب ظهور خلافه بطلان البيع و الخارج عنها الموجب ظهور خلافه للخيار فإن الظاهر دخول الذكورة و الأنوثة فى المماليك فى حقيقة المبيع لا فى مثل الغنم و كذا الرومى و الزنجى حقيقتان عرفا و ربما يتغاير الحقيقتان مع كونه فيما نحن فيه من قبيل الأوصاف كما إذا باعه الدهن أو الجبن أو اللبن على أنه من الغنم فبان من الجاموس و كذا لو باعه خل الزبيب فبان من التمر و يمكن إحالة اتحاد الجنس و مغايرته على العرف و إن خالف ضابطة التغاير المذكورة فى باب الربا فتأمل.

مسألة الأكثر على أن الخيار عند الرؤية فورى

بل نسب إلى ظاهر الأصحاب بل ظاهر التذكرة عدم الخلاف بين المسلمين إلا من أحمد حيث جعله ممتدا بامتداد المجلس الذى وقعت فيه الرؤية و احتمل فى نهاية الأحكام و لم أجد لهم دليلا صالحا على ذلك إلا وجوب الاقتصار فى مخالفة لزوم العقد على المتيقن و يبقى على القائلين بالتراخى فى مثل خيار الغبن و العيب سؤال الفرق بين المقامين مع أن صحيحة جميل المتقدمة فى صدر المسألة مطلقة يمكن التمسك بعدم بيان مدة الخيار فيها على عدم الفورية و إن كان خلاف التحقيق كما نبهنا عليه فى بعض الخيارات المستندة إلى النص. و قد بينا سابقا ضعف التمسك بالاستصحاب فى إثبات

المكاسب، ج۳، ص ۲۵۱

التراخى و إن استندوا إليه فى بعض الخيارات السابقة.

مسألة يسقط هذا الخيار بترك المبادرة عرفا

على الوجه المتقدم فى خيار الغبن و بإسقاطه بعد الرؤية و بالتصرف بعدها و لو تصرف قبلها ففى سقوط الخيار وجوه ثالثها ابتناء ذلك على جواز إسقاط الخيار قولا قبل الرؤية بناء على أن التصرف إسقاط فعلى و فى جواز إسقاطه قبل الرؤية وجهان مبنيان على أن الرؤية سبب أو كاشف. قال فى التذكرة لو اختار إمضاء العقد قبل الرؤية لم يلزم لتعلق الخيار بالرؤية انتهى. و حكى ذلك من غيرها أيضا و ظاهره أن الخيار يحدث بالرؤية لا أنه يظهر بها و لو جعلت الرؤية شرطا لا سببا أمكن جواز الإسقاط بمجرد تحقق السبب و هو العقد و لا يخلو عن قوة و لو شرط سقوط هذا الخيار ففى فساده و إفساده للعقد كما عن العلامة و جماعة أو عدمهما كما عن النهاية و بعض- أو الفساد دون الإفساد وجوه بل أقوال من كونه موجبا لكون العقد غررا كما فى جامع المقاصد من أن الوصف قام مقام الرؤية فإذا شرط عدم الاعتداد به كان المبيع غير مرئى و لا موصوف و من أن دفع الغرر عن هذا البيع ليس بالخيار حتى يثبت بارتفاعه فإن الخيار حكم شرعى لو أثر فى دفع الغرر جاز بيع كل مجهول متزلزلا. و العلم بالمبيع لا يرتفع بالتزام عدم الفسخ عند تبين المخالفة فإن الغرر هو الإقدام على شراء العين الغائبة على أى صفة كانت و لو كان الالتزام المذكور مؤديا إلى الغرر لكان اشتراط البراءة من العيوب أيضا مؤديا إليه لأنه بمنزلة بيع الشىء صحيحا أو معيبا بأى عيب كان و لا شك أنه غرر و إنما جاز بيع الشىء غير مشروط بالصحة اعتمادا على أصالة الصحة لا من جهة عدم اشتراط ملاحظة الصحة و العيب فى المبيع لأن تخالف أفراد الصحيح و المعيب أفحش من تخالف أفراد الصحيح و اقتصارهم فى بيان الأوصاف المعتبرة فى بيع العين الغائبة على ما عدا الصفات الراجعة إلى العيب إنما هو للاستغناء عن تلك الأوصاف بأصالة الصحة لا لجواز إهمالها عند البيع فحينئذ فإذا شرط البراءة من العيوب كان راجعا إلى عدم الاعتداد بوجود تلك الأوصاف و عدمها فيلزم الغرر خصوصا على ما حكاه فى الدروس عن ظاهر الشيخ و أتباعه من جواز اشتراط البراءة من العيوب فيما لا- قيمة لمكسوره كالبيض و الجوز الفاسدين كذلك حيث إن مرجعه على ما ذكروه هنا فى اشتراط سقوط خيار الرؤية إلى اشتراط عدم الاعتداد بمالية المبيع و لذا اعترض عليهم الشهيد و أتباعه بفساد البيع مع هذا الشرط لكن مقتضى اعتراضهم فساد اشتراط البراءة من سائر العيوب و لو كان للمعيب قيمة لأن مرجعه إلى عدم الاعتداد بكون المبيع صحيحا و معيبا بأى عيب و الغرر فيه أفحش من البيع مع عدم الاعتداد بكون المبيع الغائب متصفا بأى وصف كان ثم إنه يثبت فساد هذا الشرط لا من جهة لزوم الغرر فى البيع حتى يلزم فساد البيع و لو على القول بعدم استلزام فساد الشرط لفساد العقد بل من جهة أنه إسقاط لما لم يتحقق بناء على ما عرفت من أن الخيار إنما يتحقق بالرؤية فلا يجوز إسقاطه قبلها فاشتراط الإسقاط لغو و فساده من هذه الجهة لا يؤثر فى فساد العقد فيتعين المصير إلى ثالث الأقوال المتقدمة لكن الإنصاف ضعف وجه هذا القول و أقوى الأقوال أولها لأن دفع الغرر عن هذه المعاملة و إن لم يكن لثبوت الخيار لأن الخيار حكم شرعى لا دخل له فى الغرر العرفى المتحقق فى البيع إلا أنه لأجل سبب الخيار و هو اشتراط تلك الأوصاف المنحل إلى ارتباط الالتزام العقدى بوجود الصفات لأنها إما شروط للبيع و إما قيود للمبيع كما

تقدم سابقا و اشتراط سقوط الخيار راجع إلى الالتزام بالعقد على تقديرى وجود تلك الصفات و عدمها و التنافى بين الأمرين واضح و أما قياس هـذا الاشتراط باشتراط البراءهٔ فيدفعه الفرق بينهما بأن نفى العيوب ليس مأخوذا فى البيع على وجه الاشتراط أو التقييد و إنما اعتمـد المشترى فيهما على أصالـهٔ الصـحهٔ- لا على تعهد البائع لانتفائها حتى ينافى ذلك اشتراط براءهٔ البائع عن عهدهٔ انتفائها بخلاف الصـفات فيما نحن فيه فإن البائع يتعهـد لوجودها فى المبيع و المشترى يعتمد على هذا التعهد فاشتراط البائع على المشترى عدم تعهده لها و التزام العقد عليه بدونها ظاهر المنافاهٔ لذلك نعم لو شاهده المشترى و اشتراه معتمدا على أصالهٔ بقاء تلك الصفات فاشترط البائع لزوم العقـد عليه و عـدم الفسخ لو ظهرت المخالفهٔ كان نظير اشتراط البراءهٔ من العيوب كما أنه لو أخبر بكيله أو وزنه فصدقه المشترى فاشترط عدم الخيار لو ظهر النقص كان مثل ما نحن فيه كما يظهر

من التحرير فى بعض فروع الأخبـار بالكيـل و الضابـط فى ذلـك أن كل وصف تعهـده البائع و كان رفع الغرر بـذلك لم يجز اشتراط سقوط خيار فقده و كل وصف اعتمد المشترى فى رفع الغرر على أمارهٔ أخرى جاز اشتراط سقوط خيار فقده كالأصل أو غلبهٔ مساواهٔ باطن الصبرهٔ لظاهرها أو نحو ذلك. و مما ذكرنا وجه فرق الشـهيد و غيره فى المنع و الجواز بين اشتراط البراءهٔ من الصـفات المأخوذهٔ فى بيع العين الغائبهٔ و بين اشتراط البراءهٔ من العيوب فى العين المشـكوك فى صـحته و فساده و ظهر أيضا أنه لو تيقن المشترى بوجود الصـفات المـذكورهٔ فى العقـد فى المبيع فالظاهر جواز اشتراط عدم الخيار على تقدير فقدها لأن رفع الغرر ليس بالتزام تلك الصـفات بل لعلمه بها و كـذا لو اطمأن بوجودها و لم يتيقن. و الضابط كون انـدفاع الغرر باشتراط الصـفات و تعهـدها من البائع و عدمه هذا مع إمكـان الـتزام فسـاد اشـتراط عـدم الخيـار على تقـدير فقـد الصـفات المعتبر علمهـا فى البيع خرج اشتراط التبرى من العيوب بـالنص و الإجماع لأن قاعدهٔ نفى الغرر قابلهٔ للتخصـيص كما أشرنا إليه سابقا. و ظهر أيضا ضعف ما يقال من أن الأقوى فى محل الكلام الصحهٔ لصـدق تعلق البيع بمعلوم غير مجهول و لو أن الغرر ثـابت فى البيع نفسه لم يجـد فى الصـحهٔ ثبوت الخيار و إلا لصـلح ما فيه الغرر من البيع مع اشتراط الخيار و هو معلوم العدم و إقدامه على الرضا بالبيع المشترط فيه السقوط مع عدم الاطمئنان بالوصف إدخال الغرر عليه من قبل نفسه انتهى. توضيح الضعف أن المجدى فى الصحهٔ ما هو سبب الخيار و هو التزام البائع وجود الوصف لا نفس الخيار

المكاسب، ج۳، ص ۲۵۲

و أما كون الإقدام من قبل نفسه فلا يوجب الرخصهٔ فى البيع الغررى و المسألهٔ موضع إشكال.

مسألهٔ لا يسقط هذا الخيار ببذل التفاوت و لا بإبدال العين

لأـن العقـد إنمـا وقع على الشخصـى فتملك غيره يحتاج إلى معاوضـهٔ جديـدهٔ و لو شـرط فى متن العقـد الإبـدال لو ظهر على خلاف الوصف ففى الـدروس أن الأقرب الفساد و لعله لأن البـدل المسـتحق عليه بمقتضـى الشـرط إن كان بإزاء الثمن فمرجعه إلى معاوضـهٔ جديـدهٔ على تقـدير ظهور المخالفـهٔ بأن ينفسـخ البيع بنفسه عند المخالفهٔ و ينعقد بيع آخر فيحصل بالشـرط انفساخ عقد و انعقاد عقد آخر كـل منهمـا معلق على المخالفـهٔ و من المعلوم عـدم نهوض الشـرط لإثبـات ذلـك و إن كان بإزاء المبيع الـذى ظهر على خلاف الوصف فمرجعه أيضا إلى انعقاد معاوضهٔ تعليقيهٔ غرريهٔ لأن المفروض جهالهٔ المبدل. و على أى تقدير فالظاهر عدم مشـروعيهٔ الشـرط المـذكور فيفسـد و يفسـد العقـد و بـذلك ظهر ضـعف ما فى الحـدائق من الاعتراض على الشـهيد رحمه الله حيث قال بعد نقل عبارهٔ الـدروس و حكمه بالفسـاد مـا لفظه ظـاهر كلامه أن الحكم بالفساد أعم من أن يظهر على الوصف أولا و فيه أنه لا موجب للفساد مع ظهوره على الوصف المشروط و مجرد شرط البائع الإبدال مع عدم الظهور على الوصف لا يصلح سببا للفساد لعموم الأخبار المتقدمهٔ. نعم لو ظهر مخالفـا فـإنه يكون فاسـدا من حيث المخالفـهٔ و لـا يجبره هـذا الشـرط لإطلاـق الأخبار و الأظهر رجوع الحكم بالفساد فى العبارهٔ إلى الشـرط المـذكور حيث لا تأثير له مع الظهور و عـدمه. و بالجملـهٔ فإنى لا أعرف للحكم بفساد العقد فى الصورهٔ المذكورهٔ

على الإطلاق وجها يحمل عليه انتهى.

مسألة الظاهر ثبوت خيار الرؤية فى كل عقد واقع على عين شخصية موصوفة

كالصلح و الإجارة لأنه لو لم يحكم بالخيار مع تبين المخالفة فإما أن يحكم ببطلان العقد لما تقدم عن الأردبيلى فى بطلان بيع العين الغائبة و إما أن يحكم بلزومه من دون خيار و الأول مخالف لطريقة الفقهاء فى تخلف الأوصاف المشروطة فى المعقود عليه و الثانى فاسد من جهة أن دليل اللزوم هو وجوب الوفاء بالعقد و حرمة النقض و معلوم أن عدم الالتزام بترتب آثار العقد على العين الفاقدة للصفات المشترطة فيها ليس نقضا للعقد بل قد تقدم عن بعض أن ترتيب آثار العقد عليها ليس وفاء و عملا بالعقد حتى يجوز بل هو تصرف لم يدل عليه العقد فيبطل. و الحاصل أن الأمر فى ذلك دائر بين فساد العقد و ثبوته مع الخيار و الأول مناف لطريقة الأصحاب فى غير باب فتعين الثانى.

مسألة لو اختلفا فقال البائع لم يختلف صفة و قال المشترى قد اختلف

ففى التذكرة قدم قول المشترى- لأصالة براءة ذمته من الثمن فلا يلزمه ما لم يقر به أو يثبت بالبينة و رده فى المختلف فى نظير المسألة بأن إقراره بالشراء إقرار بالاشتغال بالثمن و يمكن أن يكون مراده ببراءة الذمة عدم وجوب تسليمه إلى البائع بناء على ما ذكره فى أحكام الخيار من التذكرة من عدم وجوب تسليم الثمن و لا المثمن فى مدة الخيار و إن تسلم الآخر و كيف كان فيمكن أن يخدش بأن المشترى قد أقر باشتغال ذمته بالثمن سواء اختلف صفة المبيع أم لم يختلف غاية الأمر سلطنته على الفسخ لو ثبت أن البائع التزم على نفسه اتصاف البيع بأوصاف مفقودة كما لو اختلفا فى اشتراط كون العبد كاتبا و حيث لم يثبت ذلك فالأصل عدمه فيبقى الاشتغال لازما غير قابل للإزالة بفسخ العقد هذا و يمكن دفع ذلك بأن أخذ الصفات فى المبيع و إن كان فى معنى الاشتراط إلا أنه بعنوان التقييد فمرجع الاختلاف إلى الشك فى تعلق البيع بالعين الملحوظ فيها صفات مفقودة أو تعلقه بعين لو حظ فيها الصفات الموجودة أو ما يعمها و اللزوم من أحكام البيع المتعلق بالعين على الوجه الثانى و الأصل عدمه و منه يظهر الفرق بين ما نحن فيه و بين الاختلاف فى اشتراط كتابة العبد و قد تقدم توضيح ذلك و بيان ما قيل أو يمكن أن يقال فى هذا المجال فى مسألة ما إذا اختلفا فى تغيير ما شاهداه قبل البيع

مسألة لو نسج بعض الثوب فاشتراه على أن ينسج الباقى كالأول بطل

كما عن المبسوط و القاضى و ابن سعيد قدس سرهما و العلامة فى كتبه و جامع المقاصد و استدل عليه فى التذكرة و جامع المقاصد بأن بعضه عين حاضرة و بعضه فى الذمة مجهول.

و عن المختلف صحته- و لا يحضرنى الآن حتى أتأمل فى دليله و الذى ذكر للمنع و لا ينهض مانعا فالذى يقوى فى النظر أنه إذا باع البعض المنسوج المنضم إلى غزل معين على أن ينسجه على ذلك المنوال فلا مانع منه و كذا إذا ضم معه مقدارا معينا كليا من الغزل الموصوف على أن ينسجه كذلك إذ لا مانع من ضم الكلى إلى الشخصى و إليه ينظر بعض كلمات المختلف فى هذا المقام حيث جعل اشتراط نسج الباقى كاشتراط الخياطة و الصبغ و كذا إذا باعه أذرعا معلومة منسوجة مع هذا المنسوج بهذا المنوال و لو لم ينسجه فى الصورتين الأولين على ذلك المنوال ثبت الخيار لتخلف الشرط- و لو لم ينسجه كذلك فى الصورة الأخيرة لم يلزم القبول و بقى

على مال البائع و كان للمشترى الخيار فى المنسوج لتبعض الصفقة عليه و الله العالم

السابع خيار العيب

اشارة

إطلاق العقد يقتضى وقوعه مبنيا على سلامة العين من العيب و إنما ترك اشتراطه صريحا اعتمادا على أصالة السلامة و إلا لم يصح العقد من جهة الجهل بصفة العين الغائبة و هى صحتها التى هى من أهم ما يتعلق به الأغراض و لذا اتفقوا فى بيع العين الغائبة على اشتراط ذكر الصفات التى يختلف الثمن باختلافها و لم يذكروا اشتراط صفة الصحة فليس ذلك إلا من حيث الاعتماد فى وجودها على الأصل فإن من يشترى عبدا لا يعلم أنه صحيح سوى أم فالج مقعد لا يعتمد فى صحته إلا على أصالة السلامة كما يعتمد من شاهد المبيع سابقا على بقائه على ما شاهده فلا يحتاج إلى ذكر تلك الصفات فى العقد و كما يعتمد على إخبار البائع بالوزن. قال فى التذكرة الأصل فى المبيع من الأعيان و الأشخاص- السلامة من العيوب و الصحة فإذا أقدم المشترى على

المكاسب، ج۳، ص ۲۵۳

بذل ماله فى مقابلة تلك العين فإنما بنى إقدامه على غالب ظنه المستند إلى أصالة السلامة انتهى. و قال فى موضع آخر إطلاق العقد و اشتراط السلامة يقتضيان السلامة على ما مر من القضاء العرفى يقتضى أن المشترى إنما بذل ماله بناء على أصالة السلامة فكأنها مشترطة فى نفس العقد انتهى. و مما ذكرنا يظهر أن الانصراف ليس من باب انصراف المطلق إلى الفرد الصحيح ليرد عليه أولا منع الانصراف و لذا لا يجرى فى الأيمان و النذور. و ثانيا عدم جريانه فيما نحن فيه لعدم كون المبيع مطلقا بل هو جزئى حقيقى خارجى. و ثالثا بأن مقتضاه عدم وقوع العقد رأسا على المعيب فلا معنى لإمضاء العقد الواقع عليه أو فسخه حتى يثبت التخيير بينهما و دفع جميع هذا بأن وصف الصحة قد أخذ شرطا فى العين الخارجية نظير معرفة الكتابة أو غيرها من الصفات المشروطة فى العين الخارجية و إنما استغنى عن ذكر وصف الصحة لاعتماد المشترى فى وجودها على الأصل كالعين المرئية سابقا حيث يعتمد فى وجود أصلها و صفاتها على الأصل. و لقد أجاد فى الكفاية حيث قال إن المعروف بين الأصحاب أن إطلاق العقد يقتضى لزوم السلامة و لو باع كليا حالا أو سلما كان الانصراف إلى الصحيح من جهة ظاهر الإقدام أيضا و يحتمل كونه من جهة الإطلاق- المنصرف إلى الصحيح فى مقام الاشتراء و إن لم ينصرف إليه فى غير هذا المقام فتأمل ثم إن المصرح به فى كلمات جماعة أن اشتراط الصحة فى متن العقد يفيد التأكيد لأنه تصريح بما يكون الإطلاق منزلا عليه. و إنما ترك لاعتماد المشترى على أصالة السلامة فلا يحصل من أجل هذا الاشتراط خيار آخر غير خيار العيب كما لو اشترط كون الصبرة كذا و كذا صاعا فإنه لا يزيد على ما إذا ترك الاشتراط و اعتمد على إخبار البائع بالكيل أو اشترط بقاء الشىء على الصفة السابقة المرئية فإنه فى حكم ما لو ترك ذلك اعتمادا على أصالة بقائها. و بالجملة فالخيار خيار العيب اشترط الصحة أم لم يشترط. و يؤيده ما ورد من رواية يونس: فى رجل اشترى جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال يرد عليه فضل القيمة فإن اقتصاره ع على أخذ الأرش الظاهر فى عدم جواز الرد يدل على أن الخيار خيار العيب و لو كان هنا خيار تخلف الاشتراط لم يسقط الرد بالتصرف فى الجارية بالوطء أو مقدماته و منه يظهر ضعف ما حكاه فى المسالك- من ثبوت خيار الاشتراط هنا فلا يسقط الرد بالتصرف و دعوى عدم دلالة الرواية على التصرف أو عدم دلالته على اشتراط البكارة فى متن العقد كما ترى.

مسألة ظهور العيب فى المبيع – يوجب تسلط المشترى على الرد و أخذ الأرش

مسألة ظهور العیب فی المبیع- یوجب تسلط المشتری علی الرد و أخذ الأرش
بلا خلاف و یدل علی الرد الأخبار المستفیضة الآتیة و أما الأرش فلم یوجد فی الأخبار ما یدل علی التخییر بینه و بین الرد بل ما دل علی الأرش یختص بصورة التصرف المانع من الرد فیجوز أن یکون الأرش فی هذه الصورة لتدارک ضرر المشتری لا لتعیین أحد طرفی التخییر بتعذر الآخر. نعم فی الفقه الرضوی فإن خرج السلعة معیبا و علم المشتری فالخیار إلیه إن شاء رده و إن شاء أخذه أو رد علیه بالقیمة أرش العیب و ظاهره کما فی الحدائق التخییر بین الرد و أخذه بتمام الثمن و أخذ الأرش و یحتمل زیادة الهمزة فی لفظة أو و یکون واو العطف فیدل علی التخییر بین الرد و الأرش و قد یتکلف لاستنباط هذا الحکم من سائر الأخبار و هو صعب جدا و أصعب منه جعله مقتضی القاعدة- بناء علی أن الصحة و إن کانت وصفا فهی بمنزلة الجزء فیتدارک فائتة باسترداد ما قابله من الثمن و یکون الخیار حینئذ لتبعض الصفقة و فیه منع المنزلة عرفا و لا شرعا و لذا لم یبطل البیع فیما قابله من الثمن بل کان الثابت بفواته مجرد استحقاق المطالبة بل لا یستحق المطالبة بعین ما قابله علی ما صرح به العلامة و غیره ثم منع کون الجزء الفائت یقابل بجزء من الثمن إذا أخذ وجوده فی المبیع الشخصی علی وجه الشرطیة کما فی بیع الأرض علی أنها جریان معینة و ما نحن فیه من هذا القبیل. و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف فی المسألة بل الإجماع علی التخییر بین الرد و الأرش. نعم یظهر من الشیخ فی غیر موضع من المبسوط أن أخذ الأرش مشروط بالیأس عن الرد لکنه مع مخالفته لظاهر کلامه فی النهایة و بعض مواضع المبسوط ینافیه إطلاق الأخبار بجواز أخذ الأرش فافهم ثم إن فی کون ظهور العیب مثبتا للخیار أو کاشفا عنه ما تقدم فی خیار الغبن. و قد عرفت أن الأظهر ثبوت الخیار بمجرد العیب و الغبن واقعا و إن کان ظاهر کثیر من کلماتهم یوهم حدوثه بظهور العیب خصوصا بعد کون ظهور العیب بمنزلة رؤیة المبیع علی خلاف ما اشترط. و قد صرح العلامة بعدم جواز إسقاط خیار الرؤیة قبلها معللا بأن الخیار إنما یثبت بالرؤیة لکن المتفق علیه هنا نصا و فتوی جواز التبری و إسقاط خیار العیب. و یؤید ثبوت الخیار هنا بنفس العیب أن استحقاق المطالبة بالأرش الذی هو أحد طرفی الخیار لا- معنی لثبوته بظهور العیب بل هو ثابت بنفس انتفاء وصف الصحة هذا مضافا إلی أن الظاهر من بعض أخبار المسألة أن السبب هو نفس العیب لکنها لا تدل علی العلیة التامة فلعل الظهور شرط و کیف کان فالتحقیق ما ذکرنا فی خیار الغبن من وجوب الرجوع فی کل حکم من أحکام هذا الخیار إلی دلیله و أنه یفید ثبوته بمجرد العیب أو بظهوره و المرجع فیما لا یستفاد من دلیله أحد الأمرین هی القواعد فافهم ثم إنه لا- فرق فی هذا الخیار بین الثمن و المثمن کما صرح به العلامة و غیره هنا و فی باب الصرف فیما إذا ظهر أحد عوضی الصرف معیبا و الظاهر أنه مما لا خلاف فیه و إن کان مورد الأخبار ظهور العیب فی المبیع لأن الغالب کون الثمن نقدا غالبا و المثمن متاعا فیکثر فیه العیب بخلاف النقد

القول فی مسقطات هذا الخیار بطرفیه أو أحدهما

مسألة یسقط الرد خاصة بأمور

أحدها التصریح بالتزام العقد و إسقاط الرد و اختیار الأرش

المکاسب، ج۳، ص ۲۵۴
و لو أطلق الالتزام بالعقد فالظاهر عدم سقوط الأرش و لو أسقط الخیار فلا یبعد سقوطه.

الثانی التصرف فی المعیب

عند علمائنا کما فی التذکرة و فی السرائر الإجماع علی أن التصرف یسقط الرد بغیر خلاف منهم و نحوه المسالک و سیأتی الخلاف

فی الجملة من الإسکافی و الشیخین و ابن زهرة و ظاهر المحقق بل المحقق الثانی و استدل علیه فی التذکرة أیضا تبعا للغنیة بأن تصرفه فیه رضاء منه به علی الإطلاق و لو لا ذلک کان ینبغی له الصبر و الثبات حتی یعلم حال صحته و عدمها و بقول أبی جعفر ع فی الصحیح: أیما رجل اشتری شیئا و به عیب أو عوار و لم یتبرأ إلیه و لم یتبین له فأحدث فیه بعد ما قبضه شیئا ثم علم بذلک العوار و بذلک العیب فإنه یمضی علیه البیع و یرد علیه بقدر ما ینقص من ذلک الداء و العیب من ثمن ذلک لو لم یکن به.

و یدل علیه مرسلة جمیل عن أبی عبد الله ع: فی الرجل یشتری الثوب أو المتاع فیجد به عیبا قال إن کان الثوب قائما بعینه رده علی صاحبه و أخذ الثمن و إن کان الثوب قد قطع أو خیط أو صبغ رجع بنقصان العیب هذا و لکن الحکم بسقوط الرد بمطلق التصرف حتی مثل قول المشتری للعبد المشتری ناولنی الثوب أو أغلق الباب علی ما صرح به العلامة فی التذکرة فی غایة الإشکال لإطلاق قوله ع: إن کان الثوب قائما بعینه رده المعتضد بإطلاق الأخبار فی الرد خصوصا ما ورد فی رد الجاریة- بعد ما لم تحض ستة أشهر عند المشتری و رد المملوک فی أحداث السنة و نحو ذلک مما یبعد التزام التقیید فیه بصورة عدم التصرف فیه بمثل أغلق الباب و نحوه و عدم ما یصلح للتقیید مما استدل به للسقوط فإن مطلق التصرف لا یدل علی الرضا خصوصا مع الجهل بالعیب. و أما المرسلة فقد عرفت إطلاقها لما یشمل لبس الثوب و استخدام العبد بل وطء الجاریة لو لا النص المسقط للخیار به. و أما الصحیحة فلا یعلم المراد من إحداث شیء فی المبیع لکن الظاهر بل المقطوع عدم شموله لغة و لا عرفا لمثل استخدام العبد و شبهه مما مر من الأمثلة فلا تدل علی أزید مما دل علیه ذیل المرسلة من أن العبرة بتغیر العین و عدم قیامها بعینها اللهم إلا أن یستظهر بمعونة ما تقدم فی خیار الحیوان من النص الدال علی أن المراد بإحداث الحدث فی المبیع هو أن ینظر إلی ما حرم النظر إلیه قبل الشراء فإذا کان مجرد النظر المختص بالمالک حدثا دل علی سقوط الخیار هنا بکل تصرف فیکون ذلک النص دلیلا علی المراد بالحدث هنا و هذا حسن لکن إقامة البینة علی اتحاد معنی الحدث فی المقامین مع عدم مساعدة العرف علی ظهور الحدث فی هذا المعنی مشکلة ثم إنه إذا قلنا بعموم الحدث فی هذا المقام لمطلق التصرف فلا دلیل علی کونه من حیث الرضا بالعقد فلا یتقید بالتصرف الدال علیه و إن کان النص فی خیار الحیوان دالا علی ذلک بقرینة التعلیل المذکور فیه علی الوجوه المتقدمة هناک فی المراد من التعلیل لکن کلمات کثیر منهم فی هذا المقام أیضا یدل علی سقوط هذا الخیار بالتصرف من حیث الرضا بل عرفت من التذکرة و الغنیة أن علة السقوط دلالة التصرف نوعا علی الرضا و نحوه فی الدلالة علی کون السقوط بالتصرف من حیث دلالته علی الرضا کلمات جماعة ممن تقدم علیه و من تأخر عنه. قال فی المقنعة فإن لم یعلم المبتاع بالعیب حتی أحدث فیه حدثا لم یکن له الرد و کان له أرش العیب خاصة و کذلک حکمه إذا أحدث فیه حدثا بعد العلم و لا یکون إحداثه الحدث بعد المعرفة بالعیب رضاء به منه انتهی. فإن تعلیله عدم سقوط الأرش بعدم دلالة الإحداث علی الرضا بالعیب ظاهر خصوصا بملاحظة ما یأتی من کلام غیره فی أن سقوط الرد بالحدث لدلالته علی الرضا بأصل البیع و مثلها عبارة النهایة من غیر تفاوت و قال فی المبسوط إذا کان المبیع بهیمة فأصاب بها عیبا کان له ردها فإذا کان فی طریق الرد جاز له رکوبها و علفها و سقیها و حلبها و أخذ لبنها و إن نتجت کان له نتاجها کل هذا لأنه ملکه و له فیه فائدته و علیه مئونته و الرد لا یسقط لأنه إنما یسقط الرد بالرضا بالمعیب أو ترک الرد بعد العلم به أو بأن یحدث فیه عیب عنده و لیس هنا شیء من ذلک انتهی و قال فی الغنیة و لا یسقط بالتصرف بعد العلم بالعیب حق المطالبة بالأرش لأن التصرف دلالة الرضا بالبیع لا بالعیب انتهی و فی السرائر قال فی حکم من ظهر علی عیب فیما اشتراه و لا یجبر علی أحد الأمرین یعنی الرد و الأرش قال هذا إذا لم یتصرف فیه تصرفا یؤذن بالرضا فی العادة أو ینقص قیمته بالتصرف انتهی و فی الوسیلة و یسقط الرد بأحد ثلاثة أشیاء بالرضا و بترک الرد بعد العلم به إذا عرف أن له الرد و بحدوث عیب آخر عنده انتهی و هی بعینها کعبارة المبسوط المتقدمة ظاهرة فی أن التصرف لیس بنفسه مسقطا إلا إذا دل علی الرضا. و قال فی التذکرة لو رکبها لیسقیها ثم یردها لم یکن ذلک رضاء منه بإمساکها و لو حلبها فی طریق الرد فالأقوی أنه تصرف یؤذن بالرضا بها. و قال بعض الشافعیة لا یکون رضاء بإمساکه لأن اللبن ماله قد استوفاه فی حال الرد انتهی. و فی جامع المقاصد و المسالک فی

رد ابن حمزة القائل بأن التصرف بعد العلم يسقط الأرش أيضا- أن التصرف لا يدل على إسقاط الأرش. نعم يدل على الالتزام بالعقد. و في التحرير لو نقل المبيع أو عرضه للبيع أو تصرف فيه بما يدل على الرضا قبل علمه بالعيب و بعده سقط الرد انتهى. و قد ظهر من جميع ذلك أن التصرف من حيث هو ليس مسقطا و إنما هو التزام و رضاء بالعقد فعلا فكل تصرف يدل على ذلك عادة فهو مسقط و ما ليس كذلك فلا دليل على الإسقاط به كما لو وقع نسيانا أو للاختبار و مقتضى ذلك أنه لو وقع التصرف قبل العلم بالعيب لم يسقط خصوصا إذا كان مما يتوقف العلم بالعيب عليه و حصل بقصد الاختبار إلا أن المعروف خصوصا بين العلامة و من تأخر عنه عدم الفرق في السقوط بالتصرف بين وقوعه قبل العلم بالعيب أو بعده- و الذي ينبغي أن يقال و إن كان ظاهر المشهور خلافه- إن التصرف بعد العلم مسقط للرد إذا كان دالا بنوعه على الرضا كدلالة اللفظ على معناه لا مطلق التصرف و الدليل على

المكاسب، ج۳، ص ۲۵۵

إسقاطه مضافا إلى أنه التزام فعلي فيدل عليه ما يدل على اعتبار الالتزام إذا دل عليه باللفظ ما تقدم في خيار الحيوان من تعليل السقوط بالحدث بكونه رضاء بالبيع و لذا تعدينا إلى خيار المجلس و الشرط و حكمنا بسقوطهما بالتصرف فكذلك خيار العيب و أما التصرف قبل العلم بالعيب فإن كان مغيرا للعين بزيادة أو نقيصة أو تغير هيئة أو ناقلا لها بنقل لازم أو جائز و بالجملة صار بحيث لا يصدق معه قيام الشيء بعينه فهو مسقط أيضا لمرسلة جميل المتقدمة و يلحق بذلك تعذر الرد بموت أو عتق أو إجازة أو شبه ذلك. و ظاهر المحقق في الشرائع الاقتصار على ذلك حيث قال في أول المسألة و يسقط الرد بإحداثه فيه حدثا كالعتق و قطع الثوب سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده. و في مسألة رد المملوك من أحداث السنة فلو أحدث ما يغير عينه أو صفته ثبت الأرش انتهى. و هو الظاهر من المحكي عن الإسكافي حيث قال فإن وجد بالسلعة عيبا و قد أحدث فيه ما لا يمكن معه ردها إلى ما كانت عليه قبله كالوطئ للأمة و القطع للثوب أو تعذر الرد بموت أو نحوه كان له فضل ما بين الصحة و العيب انتهى. و هذا هو الذي ينبغي أن يقتصر عليه من التصرف قبل العلم و أما ما عدا ذلك من التصرف قبل العلم كحلب الدابة و ركوبها و شبه ذلك فلا دليل على السقوط به بحيث يطمئن به النفس. و أقصى ما يوجد لذلك صحيحة زرارة المتقدمة بضميمة ما تقدم في خيار الحيوان من التمثيل للحدث بالنظر و باللمس و قيام النص و الإجماع على سقوط رد الجارية بوطئها قبل العلم مع عدم دلالته على الالتزام بالبيع و عدم تغييره للعين و إطلاق معقد الإجماع المدعى في كثير من العبائر كالتذكرة و السرائر و الغنية و غيرها و في نهوض ذلك كله لتقييد إطلاق أخبار الرد خصوصا ما كان هذا التقييد فيه في غاية البعد كالنص برد الجارية بعد ستة أشهر و رد الجارية إذا لم يطأها و رد المملوك من أحداث السنة نظر بل منع خصوصا معاقد الإجماع فإن نقله الإجماع كالعلامة و الحلي و ابن زهرة قد صرحوا في كلماتهم المتقدمة بأن العبرة بالرضا بالعقد فكان دعوى الإجماع وقعت من هؤلاء على السقوط بما يدل على الرضا من التصرف خصوصا ابن زهرة في الغنية حيث إنه اختار ما قويناه من التفصيل بين صورتي العلم و الجهل و المغير و غيره حيث قال قدس سره و خامسها يعني مسقطات الرد التصرف في المبيع الذي لا يجوز مثله إلا بملكه أو الإذن الحاصل له بعد العلم بالعيب فإنه يمنع من الرد لشيء من العيوب و لا يسقط حق المطالبة بالأرش لأن التصرف دلالة الرضا بالبيع لا بالعيب و كذا حكمه إن كان قبل العلم بالعيب و كان مغيرا للعين بزيادة فيه مثل الصبغ للثوب أو نقصان فيه كالقطع للثوب و إن لم يكن كذلك فله الرد بالعيب إذا علمه ما لم يكن وطء الجارية فإنه يمنع من ردها لشيء من العيوب إلا الحبل انتهى كلامه. و قد أجاد قدس سره فيما استفاده من الأدلة و حكى عن المبسوط أيضا أن التصرف قبل العلم لا يسقط به الخيار لكن صرح بأن الصبغ و قطع الثوب يمنع من الرد فإطلاق التصرف قبل العلم محمول على غير المغير و ظاهر المقنعة و المبسوط أنه إذا وجد العيب بعد عتق العبد و الأمة لم يكن له ردهما و إذا وجده بعد تدبيرهما أو هبتهما كان مخيرا بين الرد و أخذ أرش العيب و فرقا بينهما و بين العتق بجواز الرجوع فيهما دون العتق و يرده مع أن مثلهما تصرف يؤذن بالرضا مرسلة جميل فإن العين مع الهبة و التدبير غير قائمة و جواز الرجوع و عدمه لا دخل له في ذلك و لذا اعترض عليهما الحلي بالنقض بما لو باعه بخيار مع أنه لم يقل أحد من الأمة بجواز الرد حينئذ. و قال بعد ما ذكر إن الذي يقتضيه أصول المذهب أن المشتري إذا تصرف في

المبيع أنه لا يجوز له رده و لا خلاف فى أن الهبة و التدبير تصرف. و بالجملة فتعميم الأكثر لأفراد التصرف مع التعميم لما بعد العلم و ما قبله مشكل و العجب من المحقق الثانى أنه تنظر فى سقوط الخيار بالهبة الجائزة مع تصريحه فى مقام آخر بما عليه الأكثر.

الثالث تلف العين أو صيرورته كالتالف

فإنه يسقط الخيار هنا بخلاف الخيارات المتقدمة غير الساقطة بتلف العين و المستند فيه بعد ظهور الإجماع إناطة الرد فى المرسلة السابقة بقيام العين فإن الظاهر منه اعتبار بقائها فى ملكه فلو تلف أو انتقل إلى ملك الغير أو استؤجر أو رهن أو أبق العبد أو انعتق العبد على المشترى فلا رد. و مما ذكرنا ظهر أن عد انعتاق العبد على المشترى مسقط برأسه كما فى الدروس لا يخلو عن شىء. نعم ذكر أنه يمكن إرجاع هذا الوجه إلى التصرف و هو أيضا لا يخلو عن شىء و الأولى ما ذكرناه ثم إنه لو عاد الملك إلى المشترى لم يجز رده للأصل- خلافا للشيخ بل المفيد قدس سرهما. فرع لا خلاف نصا و فتوى- فى أن وطء الجارية يمنع عن ردها بالعيب سواء قلنا بأن مطلق التصرف مانع أم قلنا باختصاصه بالتصرف الموجب لعدم كون الشىء قائما بعينه غاية الأمر كون الوطى على هذا القول مستثنى عن التصرف غير المغير للعين كما عرفت من عبارة الغنية مع أن العلامة علل المنع فى موضع من التذكرة بأن الوطى جناية و لهذا يوجب غرامة جزء من القيمة كسائر جنايات المملوك. و قد تقدم فى كلام الإسكافى أيضا أن الوطى مما لا يمكن معه رد المبيع إلى ما كان عليه قبله و يشير إليه ما سيجىء فى غير واحد من الروايات من قوله معاذ الله أن يجعل لها أجرا فإن فيه إشارة إلى أنه لو ردها لا بد أن يرد معها شيئا تداركا للجناية- إذ لو كان الوطى مجرد استيفاء منفعة- لم يتوقف ردها إلى رد عوض المنفعة فإطلاق الأجر عليه فى الرواية على طبق ما يتراءى فى نظر العرف من كون هذه الغرامة كأنها أجرة للوطء و حاصل معناه أنه إذا حكمت بالرد مع أرش جنايتها كان ذلك فى الأنظار بمنزلة الأجرة و هى ممنوعة شرعا لأن إجارة الفروج غير جائزة و هذا إنما وقع من أمير المؤمنين ع مبنيا على تقرير رعيته على ما فعله الثانى من تحريم العقد المنقطع فلا يقال إن المتعة مشروعة و قد ورد أن المنقطعات مستأجرات فلا وجه للاستعاذة بالله من جعل الأجرة للفروج هذا ما يخطر عاجلا بالبال فى معنى هذه الفقرة و الله العالم و كيف كان ففى النصوص المستفيضة

المكاسب، ج۳، ص ۲۵۶

الواردة فى المسألة كفاية ففى صحيحة ابن حازم عن أبى عبد الله ع: فى رجل اشترى جارية فوقع عليها قال إن وجد فيها عيبا فليس له أن يردها و لكن يرد عليه بقدر ما نقصها العيب قلت هذا قول أمير المؤمنين ع قال نعم و صحيحة ابن مسلم عن أحدهما ع: أنه سئل عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها فيجد بها عيبا بعد ذلك قال لا يردها على صاحبها و لكن يقوم ما بين العيب و الصحة و يرد على المبتاع معاذ الله أن يجعل لها أجرا و رواية ميسر عن أبى عبد الله ع قال: كان على لا يرد الجارية بعيب إذا وطئت و لكن يرجع بقيمة العيب و كان يقول معاذ الله أجعل لها أجرا الخبر و فى رواية طلحة بن زيد عن أبى عبد الله ع قال: قضى أمير المؤمنين ع فى رجل اشترى جارية فوطئها ثم رأى فيها عيبا قال تقوم و هى صحيحة و تقوم و بها الداء ثم يرد البائع على المبتاع فضل ما بين الصحة و الداء و ما عن حماد فى الصحيح عن أبى عبد الله ع يقول قال على بن الحسين ع: كان القضاء الأول فى الرجل إذا اشترى أمة فوطئها ثم ظهر على عيب أن البيع لازم و له أرش العيب إلى غير ذلك مما سيجىء ثم إن المشهور استثنوا عن عموم هذه الأخبار لجميع أفراد العيب الحمل فإنه عيب إجماعا كما فى المسالك إلا أن الوطى لا يمنع من الرد به بل يردها و يرد معها العشر أو نصف العشر على المشهور بينهم و استندوا فى ذلك إلى نصوص مستفيضة- منها صحيحة ابن سنان عن أبى عبد الله ع: عن رجل اشترى جارية حبلى و لم يعلم بحبلها فوطئها قال يردها على الذى ابتاعها منه و يرد عليها نصف عشر قيمتها لنكاحه إياها و قد قال على ع: لا ترد التى ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها و رواية عبد الملك بن عمرو عن أبى عبد الله ع قال: لا ترد التى ليست بحبلى إذا وطئها صاحبها و له أرش العيب و ترد الحبلى و يرد معها نصف عشر قيمتها و زاد فى الكافى قال و فى رواية

أخرى: إن كانت بكرا فعشر قيمتها و إن كانت ثيبا فنصف عشر قيمتها و مرسلة ابن أبى عمير عن سعيد بن يسار: قال سألت أبا عبد الله ع عن رجل باع جارية حبلى و هو لا يعلم فينكحها الذى اشترى قال يردها و يرد نصف عشر قيمتها و رواية عبد الرحمن بن أبى عبد الله قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يشترى الجارية فيقع عليها فيجدها حبلى قال ترد و يرد معها شيئا و صحيحة ابن مسلم عن أبى جعفر ع: فى الرجل يشترى الجارية الحبلى فينكحها قال يرد و يكسوها و رواية عبد الملك بن عمرو عن أبى عبد الله ع: فى الرجل يشترى الجارية و هى حبلى فيطأها قال يردها و يرد عشر قيمتها هذه جملة ما وقفت عليها من الروايات و قد عمل بها المشهور بل ادعى على ظاهرها الإجماع فى الغنية كما عن الانتصار و عدم الخلاف فى السرائر خلافا للمحكى عن الإسكافى فحكم بالرد مع كون الحمل من المولى لبطلان بيع أم الولد حيث قال فإن وجد فى السلعة عيبا كان عند البائع و قد أحدث المشترى فى السلعة ما لا يمكن ردها إلى ما كانت عليه قبله كالوطئ للأمة أو القطع للثوب أو تلف السلعة بموت أو غيره كان للمشترى فضل ما بين الصحة و العيب دون ردها فإن كان العيب ظهور حمل من البائع و قد وطئها المشترى من غير علم بذلك كان عليه ردها و نصف عشر قيمتها انتهى. و اختاره فى المختلف و هو ظاهر الشيخ فى النهاية حيث قال فإن وجد بها عيبا بعد أن وطئها لم يكن له ردها و كان له أرش العيب خاصة اللهم إلا أن يكون العيب من حبل فيلزمه ردها على كل حال وطئها أم لم يطأها و يرد معها إذا وطئها نصف عشر قيمتها انتهى. و يمكن استفادة هذا من إطلاق المبسوط القول بمنع الوطى من الرد فإن من البعيد عدم استثناء وطء الحامل و عدم تعرضه لحكمه مع اشتهار المسألة فى الروايات و ألسنة القدماء. و قال فى الوسيلة إذا وطئ الأمة ثم علم بها عيبا لم يكن له ردها إلا إذا كان العيب حملا و كان حرا فإنه وجب عليه ردها و يرد معها نصف عشر قيمتها و إن كان الحمل مملوكا

لم يجب ذلك انتهى. و ظاهر الرياض أيضا اختيار هذا القول. و الإنصاف أن ظاهر الأخبار المتقدمة فى بادئ النظر و إن كان ما ذكره المشهور إلا أن العمل على هذا الظهور يستلزم مخالفة الظاهر من وجوه أخر أحدها من حيث مخالفة ظهورها فى وجوب رد الجارية أو تقييد الحمل بكونه من غير المولى حتى تكون الجملة الخبرية واردة فى مقام دفع توهم الحظر الناشئ من الأخبار المتقدمة المانعة من رد الجارية بعد الوطى إذ لو بقى الحمل على إطلاقه لم يستقم دعوى وقوع الجملة الخبرية فى مقام دفع توهم الحظر إذ لا منشأ لتوهم حظر رد الحامل حتى أم الولد فلا بد إما من التقييد أو من مخالفة ظاهر الجملة الخبرية. الثانى مخالفة لزوم العقر على المشترى لقاعدة عدم العقر فى وطء الملك أو قاعدة كون الرد بالعيب فسخا من حينه لا من أصله. الثالث مخالفته لما دل على كون التصرف عموما و الوطى بالخصوص مانعا من الرد. أن الظاهر من قول السائل فى مرسلة ابن أبى عمير المتقدمة رجل باع جارية حبلى و هو لا يعلم وقوع السؤال عن بيع أم الولد و إلا لم يكن لذكر جهل البائع فى السؤال فائدة و يشير إليه ما فى بعض الروايات المتقدمة- من قوله ع يكسوها فإن فى ذلك إشارة إلى تشبثها بالحرية للاستيلاد فنسب الكسوة إليها تشبيها بالحرائر و لم يصرح بالعقر الذى هو جزء من القيمة. الخامس ظهور هذه الأخبار فى كون الرد بعد تصرف المشترى فى الجارية بغير الوطى من نحو اسقنى ماءا أو أغلق الباب و غيرهما مما قل أن تنفك عنه الجارية و تقييدها بصورة عدم هذه التصرفات تقييد بالفرض النادر و إنما دعى إلى هذا التقييد فى غير هذه الأخبار مما دل على رد الجارية بعد مدة طويلة الدليل الدال على اللزوم بالتصرف لكن لا داعى هنا لهذا التقييد إذ يمكن تقييد الحمل بكونه من المولى لتسلم الأخبار عن جميع ذلك. و غاية الأمر تعارض هذه الأخبار مع ما دل على منع الوطى عن الرد بالعموم من وجه فيبقى ما عدا الوجه الثالث- مرجحا لتقييد هذه الأخبار و لو فرض التكافؤ بين جميع ما تقدم و بين إطلاق الحمل فى هذه الأخبار أو ظهور اختصاصه بما لم يكن من المولى وجب الرجوع إلى عموم ما دل على أن إحداث الحدث مسقط- لكونه رضاء بالبيع و يمكن الرجوع إلى ما دل على جواز الرد مع قيام

المكاسب، ج۳، ص ۲۵۷

العين. نعم لو خدش فى عموم ما دل على المنع من الرد بمطلق التصرف وجب الرجوع إلى أصالة جواز الرد الثابت قبل الوطى لكن يبقى لزوم العقر مما لا دليل عليه إلا الإجماع المركب و عدم الفصل بين الرد و العقر فافهم. ثم إن المحكى عن المشهور إطلاق

الحكم بوجوب رد نصف العشر بل عن الانتصار و الغنية الإجماع عليه إلا- أن يدعى انصراف إطلاق الفتاوى و معقد الإجماع كالنصوص إلى الغالب من كون الحامل ثيبا فلا يشمل فرض حمل البكر بالسحق أو بوطء الدبر و لذا ادعى عدم الخلاف فى السرائر- على اختصاص نصف العشر بالثيب و ثبوت العشر فى البكر بل معقد إجماع الغنية بعد التأمل موافق للسرائر أيضا حيث ذكر فى الحامل أنه يرد معها نصف عشر قيمتها على ما مضى بدليل إجماع الطائفة و مراده بما مضى كما يظهر لمن راجع كلامه ما ذكره سابقا مدعيا عليه الإجماع من أنه إذا وطئ المشترى فى مدة خيار البائع ففسخ يرد معها العشر إن كانت بكرا و نصف العشر إن كانت ثيبا و أما الانتصار فلا يحضرنى حتى أراجعه و قد عرفت إمكان تنزيل الجميع على الغالب و حينئذ فيكون مرسلة الكافى المتقدمة بعد انجبارها بما عرفت من السرائر و الغنية دليلا- على التفصيل فى المسألة. كما اختاره جماعة من المتأخرين مضافا إلى ورود العشر فى بعض الروايات المتقدمة المحمولة على البكر إلا أنه بعيد و لذا نسبه الشيخ إلى سهو الراوى فى إسقاط لفظ النصف. و فى الدروس أن الصدوق ذكرها بلفظ النصف و أما ما تقدم مما دل على أنه يرد معها شيئا فهو بإطلاقه خلاف الإجماع فلا بد من جعله واردا فى مقام ثبوت أصل العقر لا مقداره و أما ما دل على أنه يكسوها فقد حمل على كسوة تساوى العشر أو نصفه و لا بأس به فى مقام الجمع ثم إن مقتضى الإطلاق جواز الرد و لو مع الوطى فى الدبر- و يمكن دعوى انصرافه إلى غيره- فيقتصر فى مخالفة العمومات على منصرف اللفظ و فى لحوق التقبيل و اللمس بالوطء وجهان من الخروج عن مورد النص و من الأولوية و لو انضم إلى الحمل عيب آخر فقد استشكل فى سقوط الرد بالوطء من صدق كونها معيبة بالحمل و كونها معيبة بغيره. و فيه أن كونها معيبة بغير الحمل لا يقتضى إلا عدم تأثير ذلك العيب فى الرد مع التصرف لا نفى تأثير عيب الحمل ثم إن صريح بعض النصوص و الفتاوى و ظاهر باقيها اختصاص الحكم بالوطء مع الجهل بالعيب فلو وطئ عالما به سقط الرد لكن إطلاق كثير من الروايات يشمل العالم.

الرابع من المسقطات حدوث عيب عند المشترى

اشارة

و تفصيل ذلك أنه إذا حدث العيب بعد العقد على المعيب فإما أن يحدث قبل القبض و إما أن يحدث بعده فى زمان خيار يضمن فيه البائع المبيع أعنى خيار المجلس و الحيوان و الشرط- و إما أن يحدث بعد مضى الخيار و المراد بالعيب الحادث هنا هو الأخير. و أما الأول فلا- خلاف ظاهرا فى أنه لا- يمنع الرد بل فى أنه هو كالموجود قبل العقد حتى فى ثبوت الأرش فيه على الخلاف الآتى فى أحكام القبض و أما الحادث فى زمن الخيار فكذلك لا خلاف فى أنه غير مانع عن الرد بل هو سبب مستقل موجب للرد بل الأرش على الخلاف الآتى فيما قبل القبض بناء على اتحاد المسألتين كما يظهر من بعض و يدل على ذلك ما يأتى من أن الحدث فى زمان الخيار مضمون على البائع و من ماله و معناه ضمانه على الوجه الذى يضمنه قبل القبض بل قبل العقد إلا أن المحكى عن المحقق فى درسه فيما لو حدث فى المبيع عيب أن تأثير العيب الحادث فى زمن الخيار و كذا عدم تأثيره فى الرد بالعيب القديم إنما هو ما دام الخيار فإذا انقضى الخيار كان حكمه حكم العيب المضمون على المشترى قال فى الدروس لو حدث فى المبيع عيب غير مضمون على المشترى لم يمنع من الرد قبل القبض أو فى مدة خيار المشترى المشترط أو بالأصل فله الرد ما دام الخيار فإن خرج الخيار ففى الرد خلاف- بين ابن نما و تلميذه المحقق قدس سرهما فجوزه ابن نما لأنه من ضمان البائع و منعه المحقق قدس سره لأن الرد لمكان الخيار و قد زال و لو كان حدوث العيب فى مبيع صحيح فى مدة الخيار فالباب واحد انتهى. لكن الذى حكاه فى اللمعة عن المحقق هو الفرع الثانى و هو حدوث العيب فى مبيع صحيح و لعل الفرع الأول مترتب عليه لأن العيب الحادث إذا لم يكن مضمونا على البائع حتى يكون سببا للخيار غاية الأمر كونه غير مانع عن الرد بالخيارات الثلاثة كان مانعا عن الرد بالعيب السابق إذ لا يجوز الرد بالعيب مع حدوث عيب مضمون على المشترى فيكون الرد فى زمان الخيار بالخيار لا بالعيب السابق فمنشأ هذا القول عدم ضمان البائع للعيب الحادث و لذا ذكر فى اللمعة أن هذا من المحقق مناف لما ذكره فى الشرائع من أن العيب الحادث فى الحيوان مضمون على البائع مع

حكمه بعدم الأرش ثم إنه ربما يجعل قول المحقق عكسا لقول شيخه و يضعف كلاهما بأن الظاهر تعدد الخيار و فيه أن قول ابن نما رحمه الله لا يأبى عن التعدد كما لا يخفى. و أما الثالث أعنى العيب الحادث فى يد المشترى بعد القبض و الخيار فالمشهور أنه مانع عن الرد بالعيب السابق بل عن شرح الإرشاد لفخر الإسلام و فى ظاهر الغنية الإجماع عليه- و المراد بالعيب هنا مجرد النقص لا خصوص ما يوجب الأرش فيعم عيب الشركة و تبعض الصفقة إذا اشترى اثنان شيئا فأراد أحدهما رده بالعيب أو اشترى واحد صفقة و ظهر العيب فى بعضه فأراد رد المعيب خاصة و نحوه نسيان العبد الكتابة كما صرح به فى القواعد و غيره و نسيان الدابة للطحن كما صرح به فى جامع المقاصد و يمكن الاستدلال على الحكم فى المسألة بمرسلة جميل المتقدمة- فإن قيام العين و إن لم يناف بظاهره مجرد نقص الأوصاف كما اعترف به بعضهم فى مسألة تقديم قول البائع فى قدر الثمن مع قيام العين إلا أن الظاهر منه بقرينة التمثيل لمقابله بمثل قطع الثوب و خياطته و صبغه ما يقابل تغير الأوصاف و النقص الحاصل و لو لم يوجب أرشا كصبغ الثوب و خياطته. نعم قد يتوهم شموله لما يقابل للزيادة كالثمن و تعلم الصنعة لكنه يندفع بأن الظاهر من قيام العين بقاؤه بمعنى أن لا ينقص ماليته لا بمعنى أن لا يزيد و لا ينقص كما لا يخفى على المتأمل.

المكاسب، ج۳، ص ۲۵۸

و استدل العلامة فى التذكرة على أصل الحكم قبل المرسلة بأن العيب الحادث يقتضى إتلاف جزء من المبيع فيكون مضمونا على المشترى فيسقط رده للنقص الحاصل فى يده فإنه ليس تحمل البائع له بالعيب السابق أولى من تحمل المشترى له للعيب الحادث هذا و لكن المرسلة لا تشمل جميع أفراد النقص مثل نسيان الدابة للطحن و شبهه و الوجه المذكور فى التذكرة قاصر عن إفادة المدعى لأن المرجع بعد عدم الأولوية من أحد الطرفين إلى أصالة ثبوت الخيار و عدم ما يدل على سقوطه غاية الأمر أنه لو كان الحادث عيبا كان عليه الأرش للبائع إذا رده كما إذا تقايلا أو فسخ أحدهما بخياره بعد تعيب العين أما مثل نسيان الصنعة و شبهه فلا يوجب أرشا بل يرده لأن النقص حدث فى ملكه و إنما يضمن وصف الصحة لكونه كالجزء التالف فيرجع البائع بعد الفسخ ببدله. نعم لو علل الرد بالعيب القديم بكون الصبر على المعيب ضررا أمكن أن يقال إن تدارك ضرر المشترى بجواز الرد مع تضرر البائع بالصبر على العيب الحادث مما لا يقتضيه قاعدة نفى الضرر لكن العمدة فى دليل الرد هو النص و الإجماع فاستصحاب الخيار عند الشك فى المسقط لا بأس به إلا أن الإنصاف أن المستفاد من التمثيل فى الرواية بالصبغ و الخياطة هو إناطة الحكم بمطلق النقص. توضيح ذلك أن المراد بقيام العين هو ما يقابل الأعم من تلفها و تغيرها على ما عرفت من دلالة ذكر الأمثلة على ذلك لكن المراد من التغير هو الموجب للنقص لا الزيادة لأن مثل السمن لا يمنع الرد قطعا. و المراد بالنقص هو الأعم من العيب الموجب للأرش فإن النقص الحاصل بالصبغ و الخياطة إنما هو لتعلق حق المشترى بالثوب من جهة الصبغ و الخياطة و هذا ليس عيبا اصطلاحيا و دعوى اختصاصه بالتغير الخارجى الذى هو مورد الأمثلة فلا يعم مثل نسيان الدابة للطحن يدفعه أن المقصود مجرد النقص مع أنه إذا ثبت الحكم فى النقص الحادث و إن لم يكن عيبا اصطلاحيا ثبت فى المغير و غيره للقطع بعدم الفرق فإن المحتمل هو ثبوت الفرق فى النقص الحادث بين كونه عيبا اصطلاحيا لا يجوز رد العين إلا مع أرشه و كونه مجرد نقص لا يوجب أرشا كنسيان الكتابة و الطحن أما الفرق فى أفراد النقص غير الموجب للأرش بين مغير العين حسا و غيره فلا مجال لاحتماله ثم إن ظاهر المفيد فى المقنعة المخالفة فى أصل المسألة- و أن حدوث العيب لا يمنع من الرد لكنه شاذ على الظاهر ثم مقتضى الأصل عدم الفرق فى سقوط الخيار بين بقاء العيب الحادث و زواله فلا يثبت بعد زواله لعدم الدليل على الثبوت بعد السقوط. قال فى التذكرة عندنا أن العيب المتجدد مانع عن الرد بالعيب السابق سواء زال أم لا لكن فى التحرير لو زال العيب الحادث عند المشترى و لم يكن بسببه كان له الرد و لا أرش عليه انتهى. و لعل وجهه أن الممنوع هو رده معيوبا لأجل تضرر البائع و ضمان المشترى لما يحدث و قد انتفى الأمران و لو رضى البائع برده مجبورا بالأرش أو غير مجبور جاز الرد كما فى الدروس و غيره لأن عدم الجواز لحق البائع و إلا فمقتضى قاعدة خيار الفسخ عدم سقوطه بحدوث العيب غاية الأمر ثبوت قيمة العيب و إنما منع من الرد هنا للنص و الإجماع أو للضرر. و مما ذكرنا يعلم أن المراد بالأرش الذى يغرمه

المشترى عند الرد قيمة العيب لا الأرش الذى يغرمه البائع للمشترى عند عدم الرد لأن العيب القديم مضمون بضمان المعاوضة و الحادث مضمون بضمان اليد ثم إن صريح المبسوط أنه لو رضى البائع بأخذه معيوبا لم يجز مطالبته بالأرش و هذا أحد المواضع التى أشرنا فى أول المسألة إلى تصريح الشيخ فيها بأن الأرش مشروط باليأس من الرد و ينافيه إطلاق الأخبار بأخذ الأرش.

تنبيه [هل تبعض الصفقة مانع من الرد]

اشارة

ظاهر التذكرة و الدروس أن من العيب المانع من الرد بالعيب القديم تبعض الصفقة على البائع. و توضيح الكلام فى فروع هذه المسألة أن التعدد المتصور فيه التبعض إما فى أحد العوضين و إما فى البائع و إما فى المشترى. فالأول كما إذا اشترى شيئا واحدا أو شيئين بثمن واحد من بائع واحد فظهر بعضه معيبا و كذا لو باع شيئا بثمن فظهر بعض الثمن معيبا. و الثانى كما إذا باع اثنان من واحد شيئا واحدا فظهر معيبا و أراد المشترى أن يرد على أحدهما نصيبه دون الآخر. و الثالث كما إذا اشترى اثنان من واحد شيئا فظهر معيبا فاختار أحدهما الرد دون الآخر و ألحق بذلك الوارثان لمشترى واحد للمعيب و أما التعدد فى الثمن بأن يشترى شيئا واحدا بعضه بثمن و بعضه الآخر بثمن آخر فلا إشكال فى كون هذا عقدين و لا إشكال فى جواز التفريق بينهما

[التعدد فى العوض]

أما الأول فالمعروف أنه لا يجوز التبعيض فيه من حيث الرد بل الظاهر المصرح به فى كلمات بعض الإجماع عليه- لأن المردود إن كان جزء مشاعا من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركة و إن كان معينا فهو ناقص من حيث حدوث التفريق فيه و كل منهما نقص يوجب الخيار لو حدث فى المبيع الصحيح فهو أولى بالمنع عن الرد من نسيان الدابة الطحن و هذا الضرر و إن أمكن جبره بخيار البائع نظير ما إذا كان بعض الصفقة حيوانا فرده المشترى بخيار الثلاثة إلا أنه يوجب الضرر على المشترى- إذ قد يتعلق غرضه بإمساك الجزء الصحيح و يدل عليه النص المانع عن الرد بخياطة الثوب و الصبغ فإن المانع فيهما ليس إلا حصول الشركة فى الثوب بنسبة الصبغ و الخياطة لا مجرد تغير الهيئة و لذا لو تغير بما يوجب الزيادة كالسمن لم يمنع عن الرد قطعا. و قد يستدل بعد رد الاستدلال بتبعض الصفقة بما ذكرناه مع جوابه بظهور الأدلة فى تعلق حق الخيار بمجموع المبيع لا كل جزء منه لا أقل من الشك لعدم إطلاق موثوق به و الأصل اللزوم. و فيه مضافا إلى أن اللازم من ذلك- عدم جواز رد المعيب منفردا و إن رضى البائع لأن المنع حينئذ لعدم المقتضى للخيار فى الجزء لا لوجود المانع عنه و هو لزوم الضرر على البائع حتى ينتفى برضا البائع أنه لا يشك أحد فى أن دليل هذا الخيار- كغيره من أدلة جميع الخيارات صريح فى ثبوت حق الخيار لمجموع المبيع لا كل جزء و لذا لم يجوز أحد تبعيض ذى الخيار أجزاء ماله فيه الخيار و لم يحتمل هنا أحد رد الصحيح دون المعيب و إنما وقع الإشكال فى أن محل الخيار هو هذا الشيء المعيوب غاية الأمر أنه يجوز رد الجزء الصحيح معه لئلا تتبعض

المكاسب، ج۳، ص ۲۵۹

الصفقة عليه و إما لقيام الإجماع على جواز رده و إما لصدق المعيوب على المجموع كما تقدم أو أن محل الخيار هو مجموع ما وقع عليه العقد لكونه معيوبا و لو من حيث بعضه. و بعبارة أخرى الخيار المسبب عن وجود الشيء المعيوب فى الصفقة نظير الخيار المسبب عن وجود الحيوان فى الصفقة فى اختصاصه بالجزء المعنون بما هو سبب للخيار أم لا بل غاية الأمر ظهور النصوص الواردة فى الرد فى رد البيع الظاهر فى تمام ما وقع عليه العقد لكن موردها المبيع الواحد العرفى المتصف بالعيب نظير أخبار خيار الحيوان و هذا المقدار لا يدل على حكم ما لو انضم المعيب إلى غيره بل قد يدل كأخبار خيار الحيوان على اختصاص الخيار بخصوص ما هو متصف بالعيب عرفا باعتبار نفسه أو جزئه الحقيقى كبعض الثوب لا جزئه الاعتبارى كأحد الشيئين الذى هو محل الكلام. و منه يظهر

عدم جواز التشبث فی المقام بقوله فی مرسلة جمیل إذا کان الشیء قائما بعینه لأن المراد بالشیء هو المعیب و لا شک فی قیامه هنا بعینه. و بالجملة فالعمدة فی المسألة مضافا إلی ظهور الإجماع ما تقدم من أن مرجع جواز الرد منفردا إلی إثبات سلطنة للمشتری علی الجزء الصحیح من حیث إمساکه ثم سلب سلطنته عنه بخیار البائع و منع سلطنته علی الرد أولا أولی و لا أقل من التساوی فیرجع إلی أصالة اللزوم و الفرق بینه و بین خیار الحیوان الإجماع کما أن للشفیع أن یأخذ بالشفعة فی بعض الصفقة. و بالجملة فالأصل کاف فی المسألة ثم إن مقتضی ما ذکروه من إلحاق تبعض الصفقة بالعیب الحادث أنه لو رضی البائع بتبعض الصفقة جاز الرد کما فی التذکرة معللا بأن الحق لا یعدوهما و هذا مما یدل علی أن محل الخیار هو الجزء المعیب إلا أنه منع من رده نقصه بالانفراد عن باقی المبیع إذ لو کان محله المجموع لم یجز رد المعیب وحده إلا بالتفاسخ و معه یجوز رد الصحیح منفردا أیضا.

و أما الثانی و هو تعدد المشتری

و أما الثانی و هو تعدد المشتری

بأن اشتریا شیئا واحدا فظهر فیه عیب فإن الأقوی فیه عدم جواز انفراد أحدهما علی المشهور کما عن جماعة و استدل علیه فی التذکرة و غیرها بأن التشقیص عیب مانع من الرد- خلافا للمحکی عن الشیخ فی باب الشرکة- و الإسکافی و القاضی و الحلی و صاحب البشری فجوزوا الافتراق. و فی التذکرة لیس عندی فیه بعد إذ البائع أخرج العبد إلیهما مشقصا فالشرکة حصلت بإیجابه و قواه فی الإیضاح لما تقدم من التذکرة و ظاهر هذا الوجه اختصاص جواز التفریق بصورة علم البائع بتعدد المشتری و استجوده فی التحریر- و قواه فی جامع المقاصد و صاحب المسالک. و قال فی المبسوط إذا اشتری الشریکان عبدا بمال الشرکة ثم أصابا به عیبا کان لهما أن یرداه و کان لهما أن یمسکاه فإن أراد أحدهما الرد و الآخر الإمساک کان لهما ذلک ثم قال و لو اشتری أحد الشریکین للشرکة ثم أصابا به عیبا کان لهما أن یردا و أن یمسکا فإن أراد أحدهما الرد و الآخر الإمساک نظر فإن أطلق العقد و لم یخبر البائع أنه قد اشتری للشرکة لم یکن له الرد لأن الظاهر أنه اشتراه لنفسه فإذا ادعی أنه اشتراه له و لشریکه فقد ادعی خلاف الظاهر فلم یقبل قوله و کان القول قول البائع مع یمینه إلی أن قال و إن أخبر البائع بذلک قیل فیه وجهان أحدهما و هو الصحیح أن له الرد لأن الملک بالعقد وقع لاثنین فقد علم البائع أنه یبیعه من اثنین و کان لأحدهما أن ینفرد بالرد دون الآخر و قیل فیه وجه آخر و هو أنه لیس له الرد لأن القبول فی العقد کان واحدا انتهی. و ظاهر هذه العبارة اختصاص النزاع بما إذا کان القبول فی العقد واحدا من اثنین أما إذا تحقق القبول من الشریکین فلا کلام فی جواز الافتراق ثم الظاهر منه مع اتحاد القبول التفصیل بین علم البائع و جهله لکن التأمل فی تمام کلامه قد یعطی التفصیل بین کون القبول فی الواقع لاثنین أو لواحد فإنه قدس سره علل عدم جواز الرد فی صورة عدم إخبار المشتری بالاشتراک بأن الظاهر أنه اشتراه لنفسه لا بعدم علم البائع بالتعدد و کذا حکمه قدس سره بتقدم قول البائع بیمینه المستلزم لقبول البینة من المشتری علی أن الشراء بالاشتراک دلیل علی أنه یجوز التفریق بمجرد ثبوت التعدد فی الواقع بالبینة و إن لم یعلم به البائع إلا أن یحمل الیمین علی یمین البائع علی نفی العلم و یراد من البینة البینة علی إعلام المشتری للبائع بالتعدد و کیف کان فمبنی المسألة علی ما یظهر من کلام الشیخ علی تعدد العقد بتعدد المشتری و وحدته و الأقوی فی المسألة عدم جواز الافتراق مطلقا لأن الثابت من الدلیل هنا خیار واحد متقوم باثنین فلیس لکل منهما الاستقلال و لا دلیل علی تعدد الخیار هنا إلا إطلاق الفتاوی و النصوص من أن من اشتری معیبا فهو بالخیار الشامل لمن اشتری جزء من المعیب لکن الظاهر بعد التأمل انصرافه إلی غیر المقام و لو سلمنا الظهور لکن لا ریب فی أن رد هذا المبیع منفردا عن المبیع الآخر نقص حدث فیه بل لیس قائما بعینه و لو بفعل الممسک لحصته و هو مانع من الرد و من ذلک یعلم قوة المنع و إن قلنا بتعدد العقد. و ما ذکروه تبعا للتذکرة من أن التشقیص حصل بإیجاب البائع فیه أنه أخرجه غیر مبعض و إنما تبعض بالإخراج و المقصود حصوله فی ید البائع کما کان قبل الخروج و خلاف ذلک ضرر علیه و علم البائع بذلک لیس فیه إقدام علی الضرر إلا علی تقدیر کون حکم المسألة جواز التبعیض و هو محل الکلام. و الحاصل أن

الفرق بين هذه المسألة و المسألة الأولى غير وجيه

و أما الثالث و هو تعدد البائع

فالظاهر عدم الخلاف في جواز التفريق إذ لا ضرر على البائع بالتفريق و لو اشترى اثنان من اثنين عبدا واحدا فقد اشترى كل من كل ربعا فإن أراد أحدهما رد ربع إلى أحد البائعين دخل في المسألة الثالثة و لذا لا يجوز لأن المعيار تبعض الصفقة على البائع الواحد.

مسألة يسقط الأرش دون الرد في موضعين

أحدهما إذا اشترى ربويا بجنسه فظهر عيب في أحدهما فلا أرش حذرا من الربا

و يحتمل جواز أخذ الأرش و نفى عنه البأس في التذكرة بعد أن حكاه وجها ثالثا لبعض الشافعية موجها له بأن المماثلة في مال الربا إنما يشترط في ابتداء العقد و قد حصلت و الأرش حق ثبت بعد ذلك لا يقدح في العقد

المكاسب، ج۳، ص ۲۶۰

السابق انتهى. ثم ذكر أن الأقرب أنه يجوز أخذ الأرش من جنس العوضين لأن الجنس لو امتنع أخذه لامتنع أخذ غير الجنس لأنه يكون بيع مال الربا بجنسه مع شيء آخر انتهى. و عن جامع الشرائع حكاية هذا الوجه عن بعض أصحابنا المتقدم على العلامة و حاصل وجهه أن صفة الصحة لم تقابل بشيء من الثمن حتى يكون المقابل للمعيب الفاقد للصحة أنقص منه قدرا بل لم تقابل بشيء أصلا و لو من غير الثمن و إلا لثبت في ذمة البائع و إن لم يختر المشتري الأرش بل الصحة وصف التزمه البائع في المبيع من دون مقابلته بشيء من المال كسائر الصفات المشترطة في المبيع إلا أن الشارع جوز للمشتري مع تبين فقده أخذ ما يخصه بنسبة المعاوضة من الثمن أو غيره و هذه غرامة شرعية حكم بها الشارع عند اختيار المشتري لتغريم البائع هذا و لكن يمكن أن يدعى أن المستفاد من أدلة تحريم الربا و حرمة المعاوضة إلا مثلا بمثل بعد ملاحظة أن الصحيح و المعيب جنس واحد أن وصف الصحة في أحد الجنسين كالمعدوم لا يترتب على فقده استحقاق عوض و من المعلوم أن الأرش عوض وصف الصحة عرفا و شرعا فالعقد على المتجانسين لا يجوز أن يصير سببا لاستحقاق أحدهما على الآخر زائدا على ما يساوي الجنس الآخر. و بالجملة فبناء معاوضة المتجانسين على عدم وقوع مال في مقابل الصحة المفقودة في أحدهما و المسألة في غاية الإشكال و لا بد من مراجعة أدلة الربا و فهم حقيقة الأرش و سيجيء بعض الكلام فيه إن شاء الله تعالى

الثاني ما لو لم يوجب العيب نقصا في القيمة

فإنه لا يتصور هنا أرش حتى يحكم بثبوته و قد مثلوا لذلك بالخصاء في العبيد و قد يناقش في ذلك بأن الخصاء موجب في نفسه لنقص القيمة لفوات بعض المنافع عنه كالفحولة و إنما يرغب في الخصي قليل من الناس لبعض الأغراض الفاسدة أعني عدم تستر النساء منه فيكون واسطة في الخدمات بين المرء و زوجته و هذا المقدار لا يوجب زيادة في أصل المالية فهو كعنب معيوب يرغب فيه لجودة خمره لكن الإنصاف أن الراغب فيه لهذا الغرض حيث يكون كثيرا لا نادرا بحيث لا يقدح في قيمته المتعارفة لو لا هذا الغرض صح أن يجعل الثمن المبذول من الراغبين مقدارا لمالية الخصي فكان هذا الغرض صار غرضا مقصودا متعارفا و صحة الغرض و فساده شرعا لا دخل لها في المالية العرفية كما لا يخفى. و بالجملة فالعبرة في مقدار المالية برغبة الناس في بذل ذلك المقدار من المال بإزائه سواء كان من جهة أغراض أنفسهم أم من جهة بيعه على من له غرض فيه مع كثرة ذلك المشتري و عدم ندرته بحيث يلحق بالاتفاقيات.

مسألۀ یسقط الرد و الأرش معا بأمور.

أحدها العلم بالعیب قبل العقد

بلا خلاف و لا إشکال لأن الخیار إنما ثبت مع الجهل و قد یستدل بمفهوم صحیحۀ زرارۀ المتقدمۀ و فیه نظر و حیث لا یکون العیب المعلوم سببا لخیار فلو اشترط العالم ثبوت خیار العیب مریدا به الخیار الخاص الذی له أحکام خاصۀ فسد الشرط و أفسد لکونه مخالفا للشرع و لو أراد به مجرد الخیار کان من خیار الشرط و لحقه أحکامه لا أحکام خیار العیب.

الثانی تبری البائع عن العیوب

اشارۀ

إجماعا فی الجملۀ علی الظاهر المصرح به فی محکی الخلاف و الغنیۀ و نسبه فی التذکرۀ إلی علمائنا أجمع و الأصل فی الحکم قبل الإجماع- مضافا إلی ما فی التذکرۀ من أن الخیار إنما یثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامۀ فإذا صرح البائع بالبراءۀ فقد ارتفع إطلاق صحیحۀ زرارۀ المتقدمۀ- و مکاتبۀ جعفر بن عیسی الآتیۀ- و مقتضی إطلاقهما کمعقد الإجماع المحکی عدم الفرق بین التبری تفصیلا و إجمالا- و لا بین العیوب الظاهرۀ و الباطنۀ لاشتراک الکل فی عدم المقتضی للخیار مع البراءۀ خلافا للمحکی فی السرائر عن بعض أصحابنا من عدم کفایۀ التبری إجمالا. و عن المختلف نسبه إلی الإسکافی و قد ینسب إلی صریح آخر کلام القاضی المحکی فی المختلف مع أن المحکی عن کامل القاضی موافقۀ المشهور. و فی الدروس نسب المشهور إلی أشهر القولین ثم إن ظاهر الأدلۀ هو التبری من العیوب الموجودۀ حال العقد و أما التبری من العیوب المتجددۀ الموجبۀ للخیار فیدل علی صحته و سقوط الخیار به عموم المؤمنون عند شروطهم. قال فی التذکرۀ بعد الاستدلال بعموم المؤمنون لا یقال إن التبری مما لم یوجد یستدعی البراءۀ مما لم یجب لأنا نقول إن التبری إنما هو من الخیار الثابت بمقتضی العقد لا من العیب انتهی. أقول المفروض أن الخیار لا یحدث إلا بسبب حدوث العیب و العقد لیس سببا لهذا الخیار فإسناد البراءۀ إلی الخیار لا ینفع. و قد اعترف قدس سره فی بعض کلماته بعدم جواز إسقاط خیار الرؤیۀ بعد العقد و قبل الرؤیۀ. نعم ذکر فی التذکرۀ جواز اشتراط نفی خیار الرؤیۀ فی العقد لکنه مخالف لسائر کلماته و کلمات غیره کالشهید و المحقق الثانی. و بالجملۀ فلا- فرق بین البراءۀ من خیار العیوب و البراءۀ من خیار الرؤیۀ بل الغرر فی الأول أعظم إلا أنه لما قام النص و الإجماع علی صحۀ التبری من العیوب الموجودۀ فلا مناص عن التزام صحته مع إمکان الفرق بین العیوب و الصفات المشترطۀ فی العین الغائبۀ باندفاع الغرر فی الأول بالاعتماد علی أصالۀ السلامۀ فلا یقدح عدم التزام البائع بعدمها بخلاف الثانی فإن الغرر لا- یندفع فیه إلا- بالتزام البائع بوجودها فإذا لم یلتزم بها لزم الغرر. و أما البراءۀ عن العیوب المتجددۀ فلا یلزم من اشتراطها غرر فی البیع حتی یحتاج إلی دفع الغرر بأصالۀ عدمها لأنها غیر موجودۀ بالفعل فی المبیع حتی یوجب جهالۀ

ثم إن البراءۀ فی هذا المقام یحتمل إضافتها إلی أمور

الأول عهدۀ العیوب

و معناه تعهد سلامته من العیوب فیکون مرجعه إلی عدم التزام سلامته فلا یترتب علی ظهور العیب رد و لا أرش فکأنه باعه علی کل تقدیر.

الثانی ضمان العیب

و هذا أنسب بمعنی البراءة و مقتضاه عدم ضمانه بمال فتصیر الصحة کسائر الأوصاف المشترطة فی عقد البیع لا یوجب إلا تخییرا بین الرد و الإمضاء مجانا و مرجع ذلک إلی إسقاط أرش العیوب فی عقد البیع لا خیارها.

الثالث حکم العیب

و معناه البراءة من الخیار الثابت بمقتضی العقد بسبب العیب
و الأظهر فی العرف هو المعنی الأول و الأنسب بمعنی البراءة هو الثانی و قد تقدم عن التذکرة المعنی الثالث و هو بعید عن اللفظ إلا أن یرجع إلی المعنی الأول و الأمر سهل

ثم إن تبرأ البائع عن المعیوب مطلقا أو عن عیب خاص إنما یسقط تأثیره من حیث الخیار

أما سائر أحکامه فلا فلو تلف بهذا العیب فی أیام خیار المشتری لم یزل
المکاسب، ج۳، ص ۲۶۱
ضمان البائع لعموم النص لکن فی الدروس أنه لو تبرأ من عیب فتلف به فی زمن خیار المشتری فالأقرب عدم ضمان البائع- و کذا لو علم المشتری به قبل العقد أو رضی به بعده و تلف فی زمان خیار المشتری و یحتمل الضمان لبقاء علاقة الخیار المقتضی لضمان العین معه و أقوی إشکالا ما لو تلف به و بعیب آخر تجدد فی الخیار انتهی کلامه رفع مقامه

ثم إن هنا أمورا یظهر من بعض الأصحاب سقوط الرد و الأرش بها

منها زوال العیب قبل العلم به

کما صرح به فی غیر موضع من التذکرة. و مال إلیه فی جامع المقاصد و اختاره فی المسالک بل و کذا لو زال بعد العلم به قبل الرد و هو ظاهر التذکرة حیث قال فی أواخر فصل العیوب لو کان المبیع معیبا عند البائع ثم اقبضه و قد زال عیبه فلا رد لعدم موجبه و سبق العیب لا یوجب خیارا کما لو سبق علی العقد ثم زال قبله بل مهما زال العیب قبل العلم أو بعده قبل الرد سقط حق الرد انتهی. و هو صریح فی سقوط الرد و ظاهر فی سقوط الأرش- کما لا یخفی علی المتأمل خصوصا مع تفریعه فی موضع آخر قبل ذلک عدم الرد و الأرش معا علی زوال العیب حیث قال لو اشتری عبدا أو حدث فی ید المشتری نکتة بیاض فی عینه و وجد نکتة قدیمة ثم زالت إحداهما فقال البائع الزائلة هی القدیمة فلا رد و لا أرش و قال المشتری بل الحادثة و لی الرد قال الشافعی یتحالفان إلی آخر ما حکاه عن الشافعی و کیف کان ففی سقوط الرد بزوال العیب وجه لأن ظاهر أدلة الرد خصوصا بملاحظة أن الصبر علی العیب ضرر هو رد المعیوب و هو المتلبس بالعیب لا ما کان معیوبا فی زمان فلا یتوهم هنا استصحاب الخیار. و أما الأرش فلما ثبت استحقاق المطالبة به لفوات وصف الصحة عند العقد فقد استقر بالعقد خصوصا بعد العلم بالعیب و الصحة إنما حدثت فی ملک المشتری فبراءة ذمة البائع عن عهدة العیب المضمون علیه یحتاج إلی دلیل فالقول بثبوت الأرش و سقوط الرد قوی لو لم یکن تفصیلا مخالفا للإجماع و لم أجد من تعرض لهذا الفرع قبل العلامة أو بعده. نعم هذا داخل فی فروع القاعدة التی اخترعها الشافعی و هو أن الزائل العائد کالذی لم یزل أو کالذی لم یعد لکن عرفت مرارا أن المرجع فی ذلک هی الأدلة و لا منشأ لهذه القاعدة.

و منها التصرف بعد العلم بالعیب

فإنه مسقط للأمرین عند ابن حمزة فی الوسیلة و لعله لکونه علامة للرضا بالمبیع بوصف العیب و النص المثبت للأرش بعد التصرف ظاهر فیما قبل العلم و رد بأنه دلیل الرضا بالمبیع لا بالعیب- و الأولی أن یقال إن الرضا بالعیب لا یوجب إسقاط الأرش و إنما المسقط

له إبراء البائع عن عهدة العيب و حيث لم يدل التصرف عليه فالأصل بقاء حق الأرش الثابت قبل التصرف مع أن اختصاص النص بصورة التصرف قبل العلم ممنوع فليراجع.

و منها التصرف فی المعيب الذی لم ينقص قيمته بالعيب

كالبغل الخصی بل العبد الخصی علی ما عرفت فإن الأرش منتف لعدم تفاوت القيمة- و الرد لأجل التصرف. و قد يستشكل فيه من حيث لزوم الضرر علی المشتری بصبره علی المعيب و فيه أن العيب فی مثله لا- يعد ضررا ماليا بالفرض فلا بأس بأن يكون الخيار فيه كالثابت بالتدليس فی سقوطه بالتصرف مع عدم أرش فيه و حله أن الضرر إما أن يكون من حيث القصد إلی ما هو أزيد مالية من الموجود و إما أن يكون من حيث القصد إلی خصوصية مفقودة فی العين مع قطع النظر عن قيمته و الأول مفروض الانتفاء و الثانی قد رضی به و أقدم عليه المشتری بتصرفه فيه بناء علی أن التصرف دليل الرضا بالعين الخارجية كما لو رضی بالعبد المشروط كتابته مع تبين عدمها فيه إلا أن يقال إن المقدار الثابت من سقوط الرد بالتصرف هو مورد ثبوت الأرش و إلا فمقتضی القاعدة عدم سقوط الرد بالتصرف كما فی غير العيب و التدليس من أسباب الخيار خصوصا بعد تنزيل الصحة فيما نحن فيه منزلة الأوصاف المشترطة التی لا يوجب فواتها أرشا فإن خيار التخلف فيها لا يسقط بالتصرف كما صرح به نعم لو اقتصر فی التصرف المسقط علی ما يدل علی الرضا كان مقتضی عموم ما تقدمه سقوط الرد بالتصرف مطلقا.

و منها حدوث العيب فی المعيب المذكور

و الاستشكال هنا بلزوم الضرر فی محله فيحتمل ثبوت الرد مع قيمة النقص الحادث لو كان موجبا له لأن الصحة فی هذا المبيع كسائر الأوصاف المشترطة فی المبيع التی لا يوجب فواتها أرشا و النص الدال علی اشتراط الرد بقيام العين و هی المرسلة المتقدمة مختص بمورد إمكان تدارك ضرر الصبر علی المعيب بالأرش و الإجماع فيما نحن فيه غير متحقق مع ما عرفت من مخالفة المفيد فی أصل المسألة هذا كله مضافا إلی أصالة جواز الرد الثابت قبل حدوث العيب و هی المرجع بعد معارضة الضرر المذكور و يتضرر البائع بالفسخ و نقل المعيب إلی ملكه بعد خروجه عن ملكه سليما عن هذا العيب و كيف كان فلو ثبت الإجماع أو استفيض بنقله علی سقوطه الرد بحدوث العيب و التغيير علی وجه يشمل المقام و إلا فسقوط الرد هنا محل نظر بل منع.

و منها ثبوت أحد مانعی الرد فی المعيب

الذی لا يجوز أخذ الأرش فيه لأجل الربا. أما المانع الأول فالظاهر أن حكمه كما تقدم فی المعيب الذی لا ينقص ماليته فإن المشتری لما أقدم علی معاوضة أحد الربويين بالآخر أقدم علی عدم مطالبة مال زائد علی ما يأخذه بدلا عن ماله و إن كان المأخوذ معيبا فيبقی وصف الصحة كسائر الأوصاف التی لا يوجب اشتراطها إلا جواز الرد بلا أرش فإذا تصرف فيه خصوصا بعد العلم تصرفا دالا علی الرضا بفاقد الوصف المشترط لزم العقد كما فی خيار التدليس بعد التصرف نعم التصرف قبل العلم لا يسقط خيار الشرط كما تقدم. و أما المانع الثانی فظاهر جماعة كونه مانعا فيما نحن فيه من الرد أيضا و هو مبنی علی عموم منع العيب الحادث من الرد حتی فی صورة عدم جواز أخذ الأرش. و قد عرفت النظر فيه و ذكر فی التذكرة وجها آخر لامتناع الرد و هو أنه لو رد فإما أن يكون مع أرش العيب الحادث و إما أن يرد بدونه فإن رده بدونه كان ضررا علی البائع و إن رد مع الأرش لزم الربا قال لأن المردود حينئذ يزيد علی وزن عوضه و الظاهر أن مراده من ذلک أن رد المعيب لما كان بفسخ المعاوضة و مقتضی المعاوضة بين الصحيح و المعيب من جنس واحد أن لا يضمن وصف الصحة بشیء إذ لو جاز ضمانه لجاز أخذ المشتری الأرش فيما نحن فيه فيكون وصف الصحة فی كل من العوضين نظير سائر الأوصاف الغير المضمونة بالمال فإذا حصل

المكاسب، ج۳، ص ۲۶۲

الفسخ وجب تراد العوضين من غير زيادة و لا نقيصة و لذا يبطل التقايل مع اشتراط الزيادة أو النقيصة فى أحد العوضين فإذا استرد المشترى الثمن لم يكن عليه إلا- رد ما قابله لا- غير فإن رد إلى البائع قيمة العيب الحادث عنده كما هو الحكم فى غير الربويين إذا حصل العيب عنده لم يكن ذلك إلا باعتبار كون ذلك العيب مضمونا عليه بجزء من الثمن فيلزم وقوع الثمن بإزاء مجموع المثمن و وصف صحته- فينقص الثمن عن نفس المعيب فيلزم الربا فمراد العلامة رحمه الله بلزوم الربا إما لزوم الربا فى أصل المعاوضة إذ لو لا ملاحظة جزء من الثمن فى مقابلة صفة الصحة لم يكن وجه لغرامة بدل الصفة و قيمتها عند استرداد الثمن و إما لزوم الربا فى الفسخ حيث قوبل فيه الثمن بمقداره من المثمن و زيادة و الأول أولى و مما ذكرنا ظهر ما فى تصحيح هذا بأن قيمة العيب الحادث غرامة لما فات فى يده مضمونا عليه نظير المقبوض بالسوم إذا حدث فيه العيب فلا ينضم إلى المثمن حتى يصير أزيد من الثمن. إذ فيه وضوح الفرق فإن المقبوض بالسوم إنما يتلف فى ملك مالكه فيضمنه القابض و العيب الحادث فى المبيع لا يتصور ضمان المشترى له إلا بعد تقدير رجوع العين فى ملك البائع و تلف وصف الصحة منه فى يد المشترى فإذا فرض أن صفة الصحة لا يقابل بجزء من المال فى عقد المعاوضة الربوية فيكون تلفها فى يد المشترى كنسيان العبد الكتابة لا يستحق البائع عند الفسخ قيمتها. و الحاصل أن البائع لا يستحق من المشترى إلا- ما وقع مقابلا بالثمن و هو نفس المثمن من دون اعتبار صحته جزء فكأنه باع عبدا كاتبا فقبضه المشترى ثم فسخ أو تفاسخا بعد نسيان العبد الكتابة نعم هذا يصح فى غير الربويين لأن وصف الصحة فيه يقابل بجزء من الثمن فيرد المشترى قيمة العيب الحادث عنده ليأخذ الثمن المقابل لنفس المبيع مع الصحة ثم إن صريح جماعة من الأصحاب عدم الحكم على المشترى بالصبر على المعيب مجانا فيما نحن فيه فذكروا فى تدارك ضرر المشترى وجهين اقتصر فى المبسوط على حكايتهما. أحدهما جواز رد المشترى للمعيب مع غرامة قيمة العيب الحادث لما تقدم إليه الإشارة من أن أرش العيب الحادث فى يد المشترى نظير أرش العيب الحادث فى المقبوض بالسوم فى كونها غرامة تالف مضمون على المشترى لا دخل له فى العوضين حتى يلزم الربا الثانى أن يفسخ البيع لتعذر إمضائه و إلزام المشترى ببدله من غير الجنس- معيبا بالعيب القديم و سليما عن الجديد و يجعل بمثابة التالف لامتناع رده بلا أرش و مع الأرش و اختار فى الدروس تبعا للتحرير الوجه الأول مشيرا إلى تضعيف الثانى بقوله لأن تقدير الموجود معدوما خلاف الأصل و تبعه المحقق الثانى معللا- بأن الربا ممنوعة فى المعاوضات لا فى الضمانات و أنه كأرش عيب العين المقبوضة بالسوم إذا حدث فى يد المستام و إن كانت ربوية فكما لا يعد هنا ربا فكذا لا يعد فى صورة النزاع. أقول قد عرفت الفرق بين ما نحن فيه و بين أرش عيب المقبوض بالسوم فإنه يحدث فى ملك مالكه بيد قابضه و العيب فيما نحن فيه يحدث فى ملك المشترى و لا يقدر فى ملك البائع إلا بعد فرض رجوع مقابله من الثمن إلى المشترى و المفروض عدم المقابلة بين شيء منه و بين صحة البيع.

و منها تأخير الأخذ بمقتضى الخيار

فإن ظاهر الغنية إسقاطه للرد و الأرش كليهما حيث جعل المسقطات خمسة التبرى و الرضا بالعيب و تأخير الرد مع العلم لأنه على الفور بلا خلاف و لم يذكر فى هذه الثلاثة ثبوت الأرش ثم ذكر حدوث العيب و قال ليس له هاهنا إلا الأرش ثم ذكر التصرف و حكم فيه بالأرش فإن فى إلحاق الثالث بالأولين فى ترك ذكر الأرش فيه ثم ذكره فى الأخيرين و قوله ليس له هاهنا ظهورا فى عدم ثبوت الأرش بالتأخير و هذا أحد القولين منسوب خبر بعد خبر إلى الشافعي و لعله لأن التأخير دليل الرضا و يرده بعد تسليم الدلالة أن الرضا بمجرده لا يوجب سقوط الأرش كما عرفت فى التصرف نعم سقوط الرد وحده له وجه كما هو صريح المبسوط و الوسيلة على ما تقدم من عبارتهما فى التصرف المسقط و يحتمله أيضا عبارة الغنية المتقدمة- بناء على ما تقدم فى سائر الخيارات- من لزوم الاقتصار فى الخروج عن أصالة اللزوم على المتيقن السالمة عما يدل على التراخى عدا ما فى الكفاية من إطلاق الأخبار و خصوص بعضها و فيه أن الإطلاق فى مقام بيان أصل الخيار و أما الخبر الخاص فلم أقف عليه و حينئذ فالقول بالفور وفاقا لمن تقدم للأصل لا يخلو عن قوة

مع مـا تقـدم من نفی الخلاـف فی الغنیـة فی کونه علی الفور و لاـ یعـارضه مـا فی المسالک و الحـدائق من أنه لا نعرف فیه خلافا لأنا عرفنـاه و لـذا جعله فی التـذکرة أقرب و کـذا مـا فی الکفایـة من عـدم الخلاـف لوجود الخلاـف نعم فی الریـاض أنه ظـاهر أصـحابنا المتأخرین کافة و التحقیق رجوع المسألـة إلی اعتبار الاستصـحاب فی مثل هـذا المقام و عدمه. و لذا لم یتمسک فی التذکرة للتراخی إلاـ به و إلاـ فلا یحصل من فتوی الأصـحاب إلا الشـهرة بین المتأخرین المسـتندة إلی الاستصـحاب و لا اعتبار بمثلها. و إن قلنا بحجیة الشهرة أو حکایة نفی الخلاف من باب مطلق الظن لعدم الظن کما لا یخفی و الله العالم.

مسألة [هل یجب الإعلام بالعیب]

مسألة [هل یجب الإعلام بالعیب]

قال فی المبسوط من باع شیئا فیه عیب لم یبینه فعل محظورا و کان المشتری بالخیار انتهی. و مثله ما عن الخلاف و فی موضع آخر من المبسوط وجب علیه أن یبینه و لاـ یکتمه أو یتبرأ إلیه من العیوب و الأـول أحوط و نحوه عن فقه الراونـدی و مثلهمـا فی التحریر و زاد الاسـتدلال علیه بقوله لئلاـ یکون غاشا- و ظاهر ذلک کله عـدم الفرق بین العیب الجلی و الخفی و صـریح التـذکرة و السـرائر کظاهر الشـرائع الاسـتحباب مطلقا. و ظاهر جماعة التفصـیل بین العیب الخفی و الجلی فیجب فی الأول مطلقا کما هو ظاهر جماعة أو مع عدم التبری کما فی الـدروس فالمحصل من ظاهر کلماتهم خمسة أقوال و الظاهر ابتناء الکل علی دعوی صدق الغش و عدمه و الذی یظهر من ملاحظـة العرف و اللغـة فی معنی الغش أن کتمـان العیب الخفی و هو الـذی لا یظهر بمجرد الاختبار المتعارف قبل البیع غش فإن الغش کما یظهر من اللغة خلاف النصح أما العیب الظاهر فالظاهر أن ترک إظهاره لیس غشا نعم لو أظهر سـلامته عنه علی وجه یعتمد علیه کمـا إذا فتـح قرآنـا بین یـدی العبـد الأعمی مظهرا أنه بصـیر یقرأ فاعتمـد المشتری علی ذلک و أهمل اختباره کان غشا. قال فی التـذکرة فی رد اسـتدلال الشـافعی علی وجـوب إظهـار العیب مطلقـا بـالغش إن الغش ممنـوع بـل یثبت فی کتمـان العیب بعـد سؤال المشتری و تبینه و التقصیر فی

المکاسب، ج۳، ص ۲۶۳

ذلـک من المشتری انتهی. و یمکن أن یحمـل بقرینـة ذکر التقصـیر علی العیب الظـاهر کمـا أنه یمکن حمـل عبـارة التحریر المتقـدمة المشـتملة علی لفظ الکتمان و علی الاستدلال بالغش علی العیب الخفی بل هذا الجمع ممکن فی کلمات الأصحاب مطلقا و من أقوی الشواهـد علی ذلک أنه حکی عن موضع من السـرائر أن کتمان العیوب مع العلم بها حرام و محظور بغیر خلاف مع ما تقـدم من نسـبة الاسـتحباب إلیه فلاحظ ثم التبری من العیوب هل یسـقط وجوب الإعلام فی مورده کما عن المشـهور أم لا فیه إشـکال نشأ من دعوی صـدق الغش. و من أن لزوم الغش من جهة ظهور إطلاق العقد فی التزام البائع بالصـحة فإذا تبرأ من العیوب ارتفع الظهور أو من جهة إدخـال البـائع للمشتری فیمـا یکرهه عامـدا و التبری لا یرفع اعتماد المشتری علی أصالـة الصـحة فالتعزیر إنما هو لترک ما یصـرفه عن الاعتماد علی الأصل و الأحوط الإعلام مطلقا کما تقدم من المبسوط ثم إن المذکور فی جامع المقاصد و المسالک و عن غیرهما أنه ینبغی بطلان البیع فی مثل شوب اللبن بالماء لأن ما کان من غیر الجنس لا یصح العقد فیه و الآخر مجهول إلا أن یقال إن جهالة الجزء غیر مانعـة إن کانت الجملة معلومة کما لو ضم ماله و مال غیره و باعهما ثم ظهر البعض مسـتحقا فإن البیع لا یبطل فی ملکه و إن کان مجهولا قـدره وقت العقد انتهی. أقول الکلام فی مزج اللبن بمقدار من الماء یسـتهلک فی اللبن و لا یخرجه عن حقیقته کالملح الزائد فی الخبز فلاـ وجه للإشـکال المـذکور نعم لو فرض المزج علی وجه یوجب تعیب الشـیء من دون أن یسـتهلک فیه بحیث یخرج عن حقیقته إلی حقیقة ذلک الشیء توجه ما ذکروه فی بعض الموارد

مسائل فی اختلاف المتبایعین

اشارة

مسائل فی اختلاف المتبایعین

و هو تارة فی موجب الخیار- و أخری فی مسقطة و ثالثة فی الفسخ.

أما الأول [الاختلاف فی موجب الخیار]

اشارة

ففیه مسائل

الأولی لو اختلفا فی تعیب المبیع و عدمه مع تعذر ملاحظته لتلف أو نحوه

فالقول قول المنکر بیمینه.

الثانیة لو اختلفا فی کون الشیء عیبا و تعذر تبین الحال لفقد أهل الخبرة

کان الحکم کسابقه نعم لو علم کونه نقصا کان للمشتری الخیار فی الرد دون الأرش لأصالة البراءة.

الثالثة لو اختلفا فی حدوث العیب فی ضمان البائع أو تأخره عن ذلک

بأن حدث بعد القبض و انقضاء الخیار کان القول قول منکر تقدمه للأصل حتی لو علم تاریخ الحدوث و جهل تاریخ العقد لأن أصالة عدم العقد حین حدوث العیب لا یثبت وقوع العقد علی المعیب. و عن المختلف أنه حکی عن ابن الجنید أنه إن ادعی البائع أن العیب حدث عند المشتری حلف المشتری إن کان منکرا انتهی. و لعله لأصالة عدم تسلیم البائع العین إلی المشتری علی الوجه المقصود و عدم استحقاقه الثمن کلا و عدم لزوم العقد نظیر ما إذا ادعی البائع تغیر العین عند المشتری و أنکر المشتری. و قد تقدم فی محله هذا إذا لم تشهد القرینة القطعیة مما لا یمکن عادة حصوله بعد وقت ضمان المشتری أو تقدمه علیه و إلا عمل علیها من غیر یمین. قال فی التذکرة و لو أقام أحدهما بینة عمل بها ثم قال و لو أقاما بینة عمل ببینة المشتری لأن القول قول البائع لأنه ینکر فالبینة علی المشتری و هذا منه مبنی علی سقوط الیمین عن المنکر بإقامة البینة و فیه کلام فی محله و إن کان لا یخلو عن قوة و إذا حلف البائع فلا بد من حلفه علی عدم تقدم العیب- أو نفی استحقاق الرد أو الأرش إن کان قد اختبر المبیع و اطلع علی خفایا أمره کما یشهد بالإعسار و العدالة و غیرهما مما یکتفی فیه بالاختبار الظاهر. و لو لم یختبر ففی جواز الاستناد فی ذلک إلی أصالة عدمه إذا شک فی ذلک وجه احتمله فی جامع المقاصد و حکی عن جماعة کما یحلف علی طهارة المبیع استنادا إلی الأصل و یمکن الفرق بین الطهارة و بین ما نحن فیه بأن المراد بالطهارة فی استعمال المتشرعة ما یعم غیر معلوم النجاسة لا الطاهر الواقعی کما أن المراد بالملکیة و الزوجیة ما استند إلی سبب شرعی ظاهری کما تدل علیه روایة جعفر الواردة فی جواز الحلف علی ملکیة ما أخذ من ید المسلمین. و فی التذکرة بعد ما حکی عن بعض الشافعیة جواز الاعتماد علی أصالة السلامة فی هذه الصورة قال و عندی فیه نظر أقربه الاکتفاء بالحلف علی نفی العلم و استحسنه فی المسالک قال لاعتضاده بأصالة عدم التقدم فیحتاج المشتری إلی إثباته و قد سبقه إلی ذلک فی المیسیة و تبعه فی الریاض. أقول إن کان مراده الاکتفاء بالحلف علی نفی العلم فی إسقاط أصل الدعوی بحیث لا یسمع البینة بعد ذلک ففیه

إشكال- نعم لو أريد سقوط الدعوى إلى أن تقوم البينة فله وجه و إن استقرب فى مفتاح الكرامة أن لا يكتفى بذلك منه فيرد الحاكم اليمين على المشترى فيحلف و هذا أوفق بالقواعد. ثم الظاهر من عبارة التذكرة اختصاص يمين نفى العلم على القول به بما إذا لم يختبر البائع المبيع بل عن الرياض لزوم الحلف مع الاختبار على البت قولا واحدا. لكن الظاهر أن المفروض فى التذكرة صورة الحاجة إلى يمين نفى العلم إذ مع الاختبار يتمكن من الحلف على البت فلا- حاجة إلى عنوان مسألة اليمين على نفى العلم لا أن اليمين على نفى العلم لا يكفى من البائع مع الاختبار فافهم.

فرع لو باع الوكيل فوجد به المشترى عيبا يوجب الرد

رده على الموكل لأنه المالك و الوكيل نائب عنه بطلت وكالته بفعل ما أمر به فلا عهدة عليه و لو اختلف الموكل و المشترى فى قدم العيب و حدوثه فيحلف الموكل على عدم التقدم كما مر و لا يقبل إقرار الوكيل بقدمه لأنه أجنبى و إذا كان المشترى جاهلا بالوكالة و لم يتمكن الوكيل عن إقامة البينة فادعى على الوكيل بقدم العيب فإن اعترف الوكيل بالتقدم لم يملك الوكيل رده على الموكل لأن إقرار الوكيل بالسبق دعوى بالنسبة إلى الموكل لا يقبل إلا بالبينة فله إحلاف الموكل على عدم السبق لأنه لو اعترف نفع الوكيل بدفع الظلامة عنه فله عليه مع إنكاره اليمين و لو رد اليمين على الوكيل فحلف على السبق ألزم الموكل و لو أنكر الوكيل التقدم حلف ليدفع عن نفسه الحق اللازم عليه لو اعترف و لم يتمكن من الرد على الموكل لأنه لو أقر رد عليه و هل للمشترى تحليف الموكل لأنه مقر بالتوكيل الظاهر لا لأن دعواه على الوكيل يستلزم إنكار وكالته و على الموكل يستلزم الاعتراف به- و احتمل فى جامع المقاصد ثبوت ذلك له مؤاخذة له بإقراره ثم إذا لم يحلف الوكيل و نكل فحلف المشترى اليمين المردودة و رد العين على الوكيل فهل للوكيل ردها على الموكل أم لا وجهان بناهما فى القواعد على كون اليمين المردودة كالبينة فينفذ فى حق الموكل أو كإقرار المنكر فلا ينفذ و تنظر فيه فى جامع المقاصد بأن كونها كالبينة لا يوجب نفوذها للوكيل على الموكل لأن الوكيل معترف بعدم سبق العيب فلا تنفعه البينة القائمة على السبق الكاذبة باعترافه قال

المكاسب، ج۳، ص ۲۶۴

اللهم إلا أن يكون إنكاره لسبق العيب استنادا إلى الأصل بحيث لا يتنافى ثبوته و لا دعوى ثبوته كأن يقول لا حق لك على فى هذه الدعوى إذ ليس فى المبيع عيب ثبت لك به الرد على فإنه لا تمنع حينئذ تخريج المسألة على القولين المذكورين انتهى. و فى مفتاح الكرامة أن اعتراضه مبنى على كون اليمين المردودة كبينة الراد و المعروف بينهم أنه كبينة المدعى أقول كونه كبينة لا ينافى عدم نفوذها للوكيل المكذب لها على الموكل و تمام الكلام فى محله.

الرابعة لو رد سلعة بالعيب فأنكر البائع أنها سلعته

قدم قول البائع كذا فى التذكرة و الدروس و جامع المقاصد لأصالة عدم حق له عليه و أصالة عدم كونها سلعته و هذا بخلاف ما لو ردها بخيار فأنكر كونها له فاحتمل هنا فى التذكرة و القواعد تقديم قول المشترى و نسبه فى التحرير إلى القيل لاتفاقهما على استحقاق الفسخ بعد أن احتمل مساواتها للمسألة الأولى أقول النزاع فى كون السلعة سلعة البائع يجتمع مع الخلاف فى الخيار و مع الاتفاق عليه كما لا يخفى لكن ظاهر المسألة الأولى كون الاختلاف فى ثبوت خيار العيب ناشئا عن كون السلعة هذه السلعة المعيوبة أو غيرها و الحكم تقديم قول البائع مع يمينه. و أما إذا اتفقا على الخيار و اختلفا فى السلعة فلذى الخيار حينئذ الفسخ من دون توقف على كون هذه السلعة هى المبيعة أو غيرها فإذا فسخ و أراد رد السلعة فأنكرها البائع فلا وجه لتقديم قول المشترى مع أصالة عدم كون السلعة هى التى وقع العقد عليها. نعم استدل عليه فى الإيضاح بعد ما قواه بأن الاتفاق منهما على عدم لزوم البيع و استحقاق الفسخ و الاختلاف فى موضعين أحدهما خيانة المشترى فيدعيها البائع بتغير السلعة و المشترى ينكرها و الأصل عدمها. الثانى سقوط حق الخيار الثابت للمشترى فالبائع يدعيه و المشترى ينكره و الأصل بقاؤه و تبعه فى الدروس حيث قال لو أنكر البائع كون المبيع مبيعه حلف و

لو صدقه على كون المبيع معيوبا و أنكر تعيين المشترى حلف المشترى انتهى. أقول أما دعوى الخيانة فلو احتاجت إلى الإثبات و لو كان معها أصالة عدم كون المال الخاص هو المبيع لوجب القول بتقديم قول المشترى فى المسألة الأولى و إن كانت هناك أصول متعددة على ما ذكرها فى الإيضاح و هى أصالة عدم الخيار و عدم حدوث العيب و صحة القبض بمعنى خروج البائع من ضمانه لأن أصالة عدم الخيانة مستندها ظهور حال المسلم و هو وارد على جميع الأصول العملية نظير أصالة الصحة و أما ما ذكره من أصالة صحة القبض فلم نتحقق معناها و إن فسرناها من قبله بما ذكرنا لكن أصالة الصحة لا تنفع لإثبات لزوم القبض و أما دعوى سقوط حق الخيار فهى إنما تجدى إذا كان الخيار المتفق عليه لأجل العيب كما فرضه فى الدروس و إلا فأكثر الخيارات مما أجمع على بقائه مع التلف على أن أصالة عدم سقوط الخيار لا تثبت إلا ثبوته لا وجوب قبول هذه السلعة إلا من جهة التلازم الواقع بينهما و لعل نظر الدروس إلى ذلك لكن للنظر فى إثبات أحد المتلازمين بالأصل الجارى فى الآخر مجال كما نبهنا عليه مرارا.

و أما الثانى و هو الاختلاف فى المسقط

اشارة

ففيه أيضا مسائل-

الأولى لو اختلفا فى علم المشترى بالعيب و عدمه

قدم منكر العلم فيثبت الخيار.

الثانية لو اختلفا فى زواله قبل علم المشترى أو بعده

على القول بأن زواله بعد العلم لا يسقط الأرش بل و لا الرد ففى تقديم مدعى البقاء فيثبت الخيار لأصالة بقائه و عدم زواله المسقط للخيار أو تقديم مدعى عدم ثبوت الخيار لأن سببه أو شرطه العلم به حال وجوده و هو غير ثابت فالأصل لزوم العقد و عدم الخيار وجهان أقواهما الأول و العبارة المتقدمة من التذكرة فى سقوط الرد بزوال العيب قبل العلم أو بعده قبل الرد تومئ إلى الثانى فراجع. و لو اختلفا بعد حدوث عيب جديد و زوال أحد العيبين فى كون الزائل هو القديم حتى لا يكون خيار أو الحادث حتى يثبت الخيار فمقتضى القاعدة بقاء القديم الموجب للخيار و لا يعارضه أصالة بقاء الجديد لأن بقاء الجديد لا يوجب بنفسه سقوط الخيار إلا من حيث استلزامه لزوال القديم و قد ثبت فى الأصول أن أصالة عدم أحد الضدين لا يثبت وجود الضد الآخر ليترتب عليه حكمه لكن المحكى فى التذكرة عن الشافعى فى مثله التحالف- قال لو اشترى عبدا و حدث فى يده نكتة بياض بعينه و وجد نكتة قديمة ثم زالت إحداهما فقال البائع الزائلة القديمة فلا رد و لا أرش و قال المشترى بل الحادثة و لى الرد قال الشافعى يحلفان على ما يقولان فإذا حلفا استفاد البائع بيمينه دفع الرد و استفاد المشترى بيمينه أخذ الأرش انتهى.

الثالثة لو كان عيب مشاهد غير المتفق عليه

فادعى البائع حدوثه عند المشترى و المشترى سبقه ففى الدروس أنه كالعيب المنفرد يعنى أنه يحلف البائع كما لو لم يكن سوى هذا العيب و اختلفا فى السبق و التأخر و لعله لأصالة عدم التقدم و يمكن أن يقال إن عدم التقدم هناك راجع إلى عدم سبب الخيار و أما هنا فلا يرجع إلى ثبوت المسقط بل المسقط هو حدوث العيب عند المشترى و قد مر غير مرة أن أصالة التأخر لا يثبت بها حدوث الحادث فى الزمان المتأخر و إنما يثبت بها عدم التقدم الذى لا يثبت به التأخر ثم قال فى الدروس لو ادعى البائع زيادة العيب عند المشترى و أنكر احتمل حلف المشترى لأن الخيار متيقن و الزيادة موهومة و يحتمل حلف البائع إجراء للزيادة مجرى العيب الجديد.

أقول قد عرفت الحکم فی العیب الجدید و إن حلف البائع فیه محل نظر ثم إنه لا بد من فرض المسألة فیما لو اختلفا فی مقدار من العیب موجود زائد علی المقدار المتفق علیه أنه کان متقدما أو متأخرا. و أما إذا اختلفا فی أصل الزیادة فلا إشکال فی تقدیم قول المشتری.

الرابعة لو اختلف فی البراءة قدم منکرها

فیثبت الخیار لأصالة عدمها الحاکمة علی أصالة لزوم العقد. و ربما یتراءی من مکاتبة جعفر بن عیسی خلاف ذلک قال: کتبت إلی أبی الحسن ع جعلت فداک المتاع یباع فیمن یزید فینادی علیه المنادی فإذا نادی علیه برئ من کل عیب فیه فإذا اشتراه المشتری و رضیه و لم یبق إلا نقد الثمن فربما زهد فیه فإذا زهد فیه ادعی عیوبا و أنه لم یعلم بها فیقول له المنادی قد برئت منها فیقول المشتری لم أسمع البراءة منها أ یصدق فلا یجب علیه أم لا یصدق فکتب ع أن علیه الثمن الخبر

المکاسب، ج۳، ص ۲۶۵

و عن المحقق الأردبیلی أنه لا یلتفت إلی هذا الخبر لضعفه مع الکتابة و مخالفة القاعدة انتهی. و ما أبعد ما بینه و بین ما فی الکفایة من جعل الروایة مؤیدة لقاعدة البینة علی ۲۸ و الیمین علی من أنکر و فی کل منهما نظر. و فی الحدائق أن المفهوم من مساق الخبر المذکور أن إنکار المشتری إنما وقع مدالسة لعدم رغبته فی المبیع و إلا فهو عالم بتبری البائع و الإمام ع إنما ألزمه بالثمن من هذه الجهة و فیه أن مراد السائل لیس حکم العالم بالتبری المنکر له فیما بینه و بین الله بل الظاهر من سیاق السؤال استعلام من یقدم قوله فی ظاهر الشرع من البائع و المشتری مع أن حکم العالم بالتبری المنکر له مکابرة معلوم لکل أحد خصوصا للسائل کما یشهد به قوله أ یصدق أم لا یصدق الدال علی وضوح حکم صورتی صدقه و کذبه و الأولی توجیه الروایة بأن الحکم بتقدیم قول المنادی لجریان العادة بنداء الدلال عند البیع بالبراءة من العیوب علی وجه یسمعه کل من حضر للشراء فدعوی المشتری مخالفة للظاهر نظیر دعوی الغبن و الغفلة عن القیمة ممن لا یخفی علیه قیمة المبیع بقی فی الروایة إشکال آخر من حیث إن البراءة من العیوب عند نداء المنادی لا یجدی فی سقوط خیار العیب بل یعتبر وقوعه فی متن العقد و یمکن التفصی عنه إما بالتزام کفایة تقدم الشرط علی العقد بعد وقوع العقد علیه کما یأتی فی باب الشروط و إما بدعوی أن نداء الدلال بمنزلة الإیجاب لأنه لا ینادی إلا بعد أن یرغب فیه أحد الحضار بقیمته فینادی الدلال و یقول بعتک هذا الموجود بکل عیب و یکرر ذلک مرارا من دون أن یتم الإیجاب حتی یمکن من إبطاله عند زیادة من زاد. و الحاصل جعل ندائه إیجابا للبیع و لو أبیت إلا عن أن المتعارف فی الدلال کون ندائه قبل إیجاب البیع أمکن دعوی کون المتعارف فی ذلک الزمان غیر ذلک مع أن الروایة لا تصریح فیها بکون البراءة فی النداء قبل الإیجاب کما لا یخفی. ثم الحلف هنا علی نفی العلم بالبراءة لأنه الموجب لسقوط الخیار لانتفاء البراءة واقعا

الخامسة لو ادعی البائع رضاء المشتری به بعد العلم أو إسقاط الخیار أو تصرفه فیه أو حدوث عیب عنده حلف المشتری

لأصالة عدم هذه الأمور و لو وجد فی المعیب عیب اختلفا فی حدوثه و قدمه ففی تقدیم مدعی الحدوث لأصالة عدم تقدمه کما تقدم سابقا فی دعوی تقدم العیب و تأخره أو مدعی عدمه لأصالة بقاء الخیار الثابت بالعقد علی المعیب و الشک فی سقوطه بحدوث العیب الآخر فی ضمان المشتری فالأصل عدم وقوع العقد علی السلیم من هذا العیب حتی یضمنه المشتری.

و أما الثالث [الاختلاف فی الفسخ]

اشارة

ففیه مسائل

الأولی لو اختلفا فی الفسخ فإن کان الخیار باقیا فله إنشاؤه

و فی الدروس أنه یمکن جعل إقراره إنشاء. و لعله لما اشتهر من أن من ملک شیئا ملک الإقرار به کما لو ادعی الزوج الطلاق و یدل علیه بعض الأخبار الواردة فیمن أخبر بعتق مملوکه ثم جاء العبد یدعی النفقة علی أیتام الرجل و أنه رق لهم و سیجیء الکلام فی فروع هذه القاعدة و إن کان بعد انقضاء زمان الخیار- کما لو تلف العین افتقر مدعیه إلی البینة و مع عدمها حلف الآخر علی نفی علمه بالفسخ إن ادعی علیه علمه بفسخه ثم إذا لم یثبت الفسخ فهل یثبت للمشتری المدعی للفسخ الأرش- لئلا یخرج من الحقین أم لا ـ لإقراره بالفسخ. و زاد فی الدروس أنه یحتمل أن یأخذ أقل الأمرین من الأرش و ما زاد علی القیمة من الثمن إن اتفق لأنه بزعمه یستحق استرداد الثمن و رد القیمة فیقع التقاص فی قدر القیمة و یبقی قدر الأرش مستحقا علی التقدیرین انتهی.

الثانیة لو اختلفا فی تأخر الفسخ عن أول الوقت

بناء علی فوریة الخیار ففی تقدیم مدعی التأخیر لأصالة بقاء العقد و عدم حدوث الفسخ فی أول الزمان أو مدعی عدمه لأصالة صحة الفسخ وجهان- و لو کان منشأ النزاع الاختلاف فی زمان وقوع العقد مع الاتفاق علی زمان الفسخ ففی الحکم بتأخر العقد لتصحیح الفسخ وجه- یضعف بأن أصالة تأخر العقد الراجعة حقیقة إلی أصالة عدم تقدمه علی الزمان المشکوک وقوعه فیه لا یثبت وقوع الفسخ فی أول الزمان و هذه المسألة نظیر ما لو ادعی الزوج الرجوع فی عدة المطلقة و ادعت هی تأخره عنها.

الثالثة لو ادعی المشتری الجهل بالخیار أو بفوریته

اشارة

بناء علی فوریته سمع قوله إن احتمل فی حقه الجهل للأصل. و قد یفصل بین الجهل بالخیار فلا یعذر إلا إذا نشأ فی بلد لا یعرفون الأحکام و الجهل بالفوریة فیعذر مطلقا لأنه مما یخفی علی العامة

القول فی ماهیة العیب و ذکر بعض أفراده

القول فی ماهیة العیب و ذکر بعض أفراده

اعلم أن حکم الرد و الأرش معلق فی الروایات علی مفهوم العیب و العوار أما العوار ففی الصحاح أنه العیب و أما العیب فالظاهر من اللغة و العرف أنه النقص عن مرتبة الصحة المتوسطة بینه و بین الکمال فالصحة ما یقتضیه أصل الماهیة المشترکة بین أفراد الشیء لو خلی و طبعه و العیب و الکمال یلحقان له لأمر خارج عنه ثم مقتضی حقیقة الشیء قد یعرف من الخارج کمقتضی حقیقة الحیوان الأناسی و غیره فإنه یعلم أن العمی عیب و معرفة الکتابة فی العبد و الطبخ فی الأمة کمال فیهما و قد یستکشف ذلک بملاحظة أغلب الأفراد فإن وجود صفة فی أغلب أفراد الشیء یکشف عن کونه مقتضی الماهیة المشترکة بین أفراده و کون التخلف فی النادر لعارض و هذا و إن لم یکن مطردا فی الواقع إذ کثیرا ما یکون أغلب الأفراد متصفة بصفة لأمر عارضی أو لأمور مختلفة إلا أن بناء العرف و العادة علی استکشاف حال الحقیقة عن حال أغلب الأفراد و من هنا استمرت العادة علی حصول الظن بثبوت صفة الفرد من ملاحظة أغلب الأفراد فإن وجود الشیء فی أغلب الأفراد و إن لم یمکن الاستدلال به علی وجوده فی فرد غیرها لاستحالة الاستدلال و لو ظنا بالجزئی علی الجزئی إلا أنه یستدل من حال الأغلب علی حال القدر المشترک ثم یستدل من ذلک علی حال الفرد المشکوک إذا

عرفت هذا تبين لك الوجه فى تعريف العيب فى كلمات كثير منهم بالخروج عن المجرى الطبيعى و هو ما يقتضيه الخلقة الأصلية و أن المراد بالخلقة الأصلية ما عليه أغلب أفراد ذلك النوع و أن ما خرج عن ذلك بالنقص فهو عيب و ما خرج عنه

المكاسب، ج۳، ص ۲۶۶

بالمزية فهو كمال فالضيعة إذا لوحظت من حيث الخراج فما عليه أغلب الضياع من مقدار الخراج هو مقتضى طبيعتها فزيادة الخراج على ذلك المقدار عيب و نقصه عنه كمال و كذا كونها مورد العساكر ثم لو تعارض مقتضى الحقيقة الأصلية و حال أغلب الأفراد التى يستدل بها على حال الحقيقة عرفا رجح الثانى و حكم للشيء بحقيقة ثانوية اعتبارية يعتبر الصحة و العيب و الكمال بالنسبة إليها و من هنا لا يعد ثبوت الخراج على الضيعة عيبا مع أن حقيقتها لا تقتضى ذلك و إنما هو شيء عرض أغلب الأفراد فصار مقتضى الحقيقة الثانوية فالعيب لا يحصل إلا بزيادة الخراج على مقتضى الأغلب و لعل هذا هو الوجه فى قول كثير منهم بل عدم الخلاف بينهم فى أن الثيبوبة ليست عيبا فى الإماء و قد ينعكس الأمر فيكون العيب فى مقتضى الحقيقة الأصلية و الصحة بالخروج إلى مقتضى الحقيقة الثانوية كالغلفة فإنها عيب فى الكبير لكونها مخالفة لما عليه الأغلب إلا أن يقال إن الغلفة بنفسها ليست عيبا إنما العيب كون الأغلف موردا للخطر بختانه و لذا اختص هذا العيب بالكبير دون الصغير و يمكن أن يقال إن العبرة بالحقيقة الأصلية و النقص عنها عيب و إن كان على طبق الأغلب إلا أن حكم العيب لا يثبت مع إطلاق العقد حينئذ لأنه إنما يثبت من جهة اقتضاء الإطلاق للالتزام بالسلامة فيكون كما لو التزمه صريحا فى العقد فإذا فرض الأغلب على خلاف مقتضى الحقيقة الأصلية لم يقتض الإطلاق ذلك بل اقتضى عكسه التزام البراءة من ذلك النقص فإطلاق العقد على الجارية بحكم الغلبة منزل على التزام البراءة من عيب الثيبوبة و كذا الغلفة فى الكبير فهى أيضا عيب فى الكبير لكون العبد معها موردا للخطر عند الختان إلا أن الغالب فى المجلوب من بلاد الشرك لما كان هى الغلفة لم يقتض الإطلاق التزام سلامته من هذا العيب بل اقتضى التزام البائع البراءة من هذا العيب فقولهم إن الثيبوبة ليست عيبا فى الإماء و قول العلامة فى القواعد إن الغلفة ليست عيبا فى الكبير المجلوب لا يبعد إرادتهم نفى حكم العيب من الرد و الأرش لا نفى حقيقته و يدل عليه نفى الخلاف فى التحرير عن كون الثيبوبة ليست عيبا مع أنه فى التحرير و التذكرة اختار الأرش مع اشتراط البكارة مع أنه لا أرش فى تخلف الشرط بلا خلاف ظاهر. و تظهر الثمرة فيما لو اشترط المشترى البكارة و الختان فإنه يثبت على الوجه الثانى حكم العيب من الرد و الأرش لثبوت العيب غاية الأمر عدم ثبوت الخيار مع الإطلاق لتنزله منزلة تبرى البائع من هذا العيب فإذا زال مقتضى الإطلاق بالاشتراط ثبت حكم العيب و أما على الوجه الأول فإن الاشتراط لا يفيد الأخيار تخلف الشرط دون الأرش لكن الوجه السابق أقوى و عليه فالعيب إنما يوجب الخيار إذا لم يكن غالبا فى أفراد الطبيعة بحسب نوعها أو صنفها و الغلبة الصنفية مقدمة على النوعية عند التعارض فالثيبوبة فى الصغيرة غير المجلوبة عيب لأنها ليست غالبة فى صنفها و إن غلبت فى نوعها ثم إن مقتضى ما ذكرنا دوران العيب مدار نقص الشيء من حيث عنوانه مع قطع النظر عن كونه مالا فإن الإنسان الخصى ناقص فى نفسه و إن فرض زيادته من حيث كونه مالا و كذا البغل الخصى حيوان ناقص و إن كان زائدا من حيث المالية على غيره و لذا ذكر جماعة ثبوت الرد دون الأرش فى مثل ذلك و يحتمل قويا أن يقال إن المناط فى العيب هو النقص المالى فالنقص الخلقى غير الموجب للنقص كالخصاء و نحوه ليس عيبا إلا أن الغالب فى أفراد الحيوان لما كان عدمه كان إطلاق العقد منزلا على إقدام المشترى على الشراء مع عدم هذا النقص اعتمادا على الأصل و الغلبة فكانت السلامة عنه بمنزلة شرط اشترط فى العقد لا يوجب تخلفه إلا خيار تخلف الشرط و تظهر الثمرة فى طرو موانع الرد بالعيب بناء على عدم منعها عن الرد بخيار تخلف الشرط فتأمل. و فى صورة حصول هذا النقص قبل القبض أو فى مدة الخيار فإنه مضمون على الأول بناء على إطلاق كلماتهم أن العيب مضمون على البائع بخلاف الثانى فإنه لا دليل على أن فقد الصفة- المشترطة قبل القبض أو فى مدة الخيار مضمون على البائع بمعنى كونه سببا للخيار و للنظر فى كلا شقى الثمرة مجال. و ربما يستدل لكون الخيار هنا خيار العيب بما فى مرسلة السيارى الحاكية لقصة ابن أبى ليلى: حيث قدم إليه رجل خصما له فقال إن هذا باعنى هذه الجارية فلم أجد على ركبها حين كشفها شعرا و زعمت أنه لم

یکن لها قط فقال له ابن أبی لیلی إن الناس لیحتالون بهذا بالحیل حتی یذهبوه فما الذی کرهت فقال له أیها القاضی إن کان عیبا فاقض لی به قال فاصبر حتی أخرج إلیک فإنی أجد أذی فی بطنی ثم دخل بیته و خرج من باب آخر فأتی محمد بن مسلم الثقفی فقال له أی شیء تروون عن أبی جعفر فی المرأة لا تکون علی رکبها شعر أ یکون هذا عیبا فقال له محمد بن مسلم أما هذا نصا فلا أعرفه و لکن حدثنی أبو جعفر عن أبیه عن آبائه عن النبی ص قال کلما کان فی أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عیب فقال له ابن أبی لیلی حسبک هذا فرجع إلی القوم فقضی لهم بالعیب فإن ظاهر إطلاق الروایة المؤید بفهم ابن مسلم من حیث نفی نصوصیة الروایة فی تلک القضیة المشعر بظهورها فیها و فهم ابن أبی لیلی من حیث قوله و عمله کون مجرد الخروج عن المجری الطبیعی عیبا و إن کان مرغوبا فلا- ینقص لأجل ذلک من عوضه کما یظهر من قول ابن أبی لیلی إن الناس لیحتالون إلخ و تقریر المشتری له فی رده لکن الإنصاف عدم دلالة الروایة علی ذلک. أما أولا فلأن ظاهر الحکایة إن رد المشتری لم یکن لمجرد عدم الشعر بل لکونها فی أصل الخلقة کذلک الکاشف عن مرض فی العضو أو فی أصل المزاج کما یدل علیه عدم اکتفائه فی عذر الرد بقوله لم أجد علی رکبها شعرا حتی ضم إلیه دعواه أنه لم یکن لها قط و قول ابن أبی لیلی إن الناس لیحتالون فی ذلک حتی یذهبوه لا یدل علی مخالفة المشتری فی کشف ذلک عن المرض و إنما هی مغالطة علیه تفصیا عن خصومته لعجزه عن حکمها و الاحتیال لا ذهاب شعر الرکب لا یدل علی أن عدمه فی أصل الخلقة شیء مرغوب فیه کما أن احتیالهم لإذهاب شعر الرأس لا یدل علی کون عدمه من أصله لقرع أو شبهه أمرا مرغوبا فیه. و بالجملة فالثابت من الروایة هو کون عدم الشعر علی الرکب مما یقطع أو یحتمل کونه لأجل مرض عیبا و قد عد من العیوب الموجبة للأرش ما هو أدون من ذلک و أما ثانیا فلأن قوله ع فهو عیب إنما

المکاسب، ج۳، ص ۲۶۷

یراد به بیان موضوع العیب توطئة لثبوت أحکام العیب له و الغالب الشائع المتبادر فی الأذهان هو رد المعیوب و لذا اشتهر کل معیوب مردود و أما باقی أحکام العیب و خیاره مثل عدم جواز رده بطروء موانع الرد بخیار العیب و کونه مضمونا علی البائع قبل القبض و فی مدة الخیار فلا یظهر من الروایة ترتبها علی العیب فتأمل.

و أما ثالثا فلأن الروایة لا تدل علی الزائد عما یدل علیه العرف لأن المراد بالزیادة و النقیصة علی أصل الخلقة لیس مطلق ذلک قطعا فإن زیادة شعر رأس الجاریة أو حده بصر العبد أو تعلمهما للصنعة و الطبخ و کذا نقص العبد بالختان و حلق الرأس لیس عیبا قطعا فتعین أن یکون المراد بها الزیادة و النقیصة الموجبتین لنقص فی الشیء من حیث الآثار و الخواص المترتبة علیه و لازم ذلک نقصه من حیث المالیة لأن المال المبذول فی مقابل الأموال بقدر ما یترتب علیها من الآثار و المنافع. و أما رابعا فلانا لو سلمنا- مخالفة الروایة للعرف فی معنی العیب فلا- تنهض لرفع الید بها عن العرف المحکم فی مثل ذلک لو لا- النص المعتبر لا- مثل هذه الروایة الضعیفة بالإرسال فافهم. و قد ظهر مما ذکرنا أن الأولی فی تعریف العیب ما فی التحریر و القواعد من أنه نقص فی العین أو زیادة فیها یقتضی النقیصة المالیة فی عادات التجار و لعله المراد بما فی الروایة کما عرفت و مراد کل من عبر بمثلها و لذا قال فی التحریر بعد ذلک و بالجملة کلما زاد أو نقص عن أصل الخلقة و القید الأخیر لإدراج النقص الموجب لبذل الزائد لبعض الأغراض کما قد یقال ذلک فی العبد الخصی و لا ینافیه ما ذکره فی التحریر من أن عدم الشعر علی العانة عیب فی العبد و الأمة لأنه مبنی علی ما ذکرنا فی الجواب الأول عن الروایة من أن ذلک کاشف أو موهم لمرض فی العضو أو المزاج لا علی أنه لا یعتبر فی العیب النقیصة المالیة. و فی التذکرة بعد أخذ نقص المالیة فی تعریف العیب و ذکر کثیر من العیوب و الضابط أنه یثبت الرد بکل ما فی المعقود علیه من منقص القیمة أو العین نقصا یفوت به غرض صحیح بشرط أن یکون الغالب فی أمثال المبیع عدمه انتهی کلامه و ما أحسنه حیث لم یجعل ذلک تعریفا للعیب بل لما یوجب الرد فیدخل فیه مثل خصاء العبد کما صرح به فی التذکرة معللا بأن الغرض قد یتعلق بالفحولة و إن زادت قیمته باعتبار آخر و قد دخل المشتری علی ظن السلامة انتهی. و یخرج منه مثل الثیبوبة و الغلفة فی المجلوب و لعل من عمم العیب لما لا یوجب نقص المالیة کما فی المسالک و عن جماعة أراد به مجرد موجب الرد لا العیب الذی یترتب علیه

کثیر من الأحکام کسقوط خیاره بتصرف أو حدوث عیب أو غیر ذلک و علیه یبنی قول جامع المقاصد کما عن تعلیق الإرشاد حیث ذکر أن اللازم تقیید قول العلامة یوجب نقص المالیة بقوله غالبا لیندرج مثل الخصاء و الجب لأن المستفاد من ذکر بعض الأمثلة أن الکلام فی موجبات الرد لا خصوص العیب و یدل علی ذلک أنه قید کون عدم الختان فی الکبیر المجلوب من بلاد الشرک لیس عیبا بعلم المشتری بجلبه إذ ظاهره أنه مع عدم العلم عیب فلو لا أنه أراد بالعیب مطلق ما یوجب الرد لم یکن معنی لدخل علم المشتری و جهله فی ذلک

الکلام فی بعض أفراد العیب

مسألة لا إشکال و لا خلاف فی کون المرض عیبا

و إطلاق کثیر و تصریح بعضهم یشمل حمی یوم بأن یجده فی یوم البیع قد عرض له الحمی و إن لم یکن نوبة له فی الأسبوع. قال فی التذکرة الجذام و البرص و العمی و العور و العرج و القرن و الفتق و الرتق- و القرع و الصمم و الخرس عیوب إجماعا و کذا أنواع المرض سواء استمر کما فی الممراض أو کان عارضا و لو حمی یوم و الإصبع الزائدة و الحول و الحوص و السبل و استحقاق القتل فی الردة أو القصاص و القطع بالسرقة أو الجنایة و الاستسعاء فی الدین عیوب إجماعا ثم إن عد حمی الیوم المعلوم کونها حمی یوم یزول فی یومه و لا یعود مبنی علی عد موجبات الرد لا العیوب الحقیقیة لأن ذلک لیس منقصا للقیمة.

مسألة الحبل عیب فی الإماء

کما صرح به جماعة و فی المسالک الإجماع علیه فی مسألة رد الجاریة الحامل بعد الوطی و یدل علیه الأخبار الواردة فی تلک المسألة و علله فی التذکرة باشتماله علی تغریر النفس لعدم یقین السلامة بالوضع هذا مع عدم کون الحمل للبائع و إلا فالأمر أوضح و یؤیده عجز الحامل عن کثیر من الخدمات و عدم قابلیتها للاستیلاد إلا بعد الوضع أما فی غیر الإماء من الحیوانات ففی التذکرة أنه لیس بعیب و لا یوجب الرد بل ذلک زیادة فی المبیع إن قلنا بدخول الحمل فی بیع الحامل کما هو مذهب الشیخ. و قال بعض الشافعیة یرد به و لیس بشیء انتهی. و رجح المحقق الثانی کونه عیبا- و إن قلنا بدخول الحمل فی بیع الحامل لأنه و إن کان زیادة من وجه إلا أنه نقیصة من وجه آخر لمنع الانتفاع بها عاجلا و لأنه لا یؤمن علیها من أداء الوضع إلی الهلاک و الأقوی علی قول الشیخ ما اختاره فی التذکرة لعدم النقص فی المالیة بعد کونه زیادة من وجه آخر و أداء الوضع إلی الهلاک نادر فی الحیوانات لا یعبأ به. نعم عدم التمکن من بعض الانتفاعات نقص یوجب الخیار دون الأرش کوجدان العین مستأجرة و کیف کان فمقتضی کون الحمل عیبا فی الإماء أنه لو حملت الجاریة المعیبة عند المشتری لم یجز ردها لحدوث العیب فی یده سواء نقصت بعد الولادة أم لا لأن العیب الحادث مانع و إن زال علی ما تقدم من التذکرة. و فی التذکرة لو کان المعیب جاریة معیبة فحبلت و ولدت فی ید المشتری فإن نقصت بالولادة سقط الرد بالعیب القدیم و کان له الأرش و إن لم تنقص فالأولی جواز ردها وحدها من دون الولد إلی أن قال و کذا حکم الدابة- لو حملت عند المشتری و ولدت فإن نقصت بالولادة فلا رد و إن لم تنقص ردها دون ولدها لأنه للمشتری انتهی و فی مقام آخر لو اشتری جاریة حائلا أو بهیمة حائلا فحبلت ثم اطلع علی عیب فإن نقصت بالحمل فلا رد إن کان الحمل فی ید المشتری و به قال الشافعی و إن لم تنقص أو کان الحمل فی ید البائع فله الرد انتهی و فی الدروس لو حملت إحداهما یعنی الجاریة و البهیمة عند المشتری لا بتصرفه فالحمل له فإن فسخ رد الأم ما لم ینقص بالحمل أو الولادة و ظاهر القاضی أن الحمل عند المشتری یمنع الرد لأنه إما بفعله أو إهمال المراعاة حتی ضربها الفحل و کلاهما تصرف انتهی. لکن صرح فی

المکاسب، ج۳، ص ۲۶۸

المبسوط باستواء البهیمهٔ و الجاریهٔ- فی أنه إذا حملت إحداها عند المشتری و ولدت و لم تنقص بالولادهٔ فوجد فیها عیبا رد الأم دون الولد و ظاهر ذلک کله خصوص نسبهٔ منع الرد إلی خصوص القاضی و خصوصا مع استدلاله علی المنع بالتصرف لا حدوث العیب تسالمهم علی أن الحمل الحادث عند المشتری فی الأمهٔ لیس فی نفسه عیبا بل العیب هو النقص الحادث بالولادهٔ و هذا مخالف للأخبار المتقدمهٔ فی رد الجاریهٔ الحامل الموطوءهٔ من عیب الحبل و للإجماع المتقدم عن المسالک و تصریح هؤلاء یکون الحبل عیبا یرد منه لاشتماله علی التغریر بالنفس و الجمع بین کلماتهم مشکل خصوصا بملاحظهٔ العبارهٔ الأخیرهٔ المحکیهٔ عن التذکرهٔ من إطلاق کون الحمل عند البائع عیبا و إن لم ینقص و عند المشتری بشرط النقص من غیر فرق بین الجاریهٔ و البهیمهٔ مع أن ظاهر العبارهٔ الأولی کالتحریر و القواعد الفرق فراجع قال فی القواعد لو حملت غیر الأمهٔ عند المشتری من غیر تصرف فالأقرب أن للمشتری الرد بالعیب السابق لأن الحمل زیادهٔ انتهی و هذا بناء منه أن الحمل لیس عیبا فی غیر الأمهٔ. و فی الإیضاح أن هذا بناء علی قول الشیخ فی کون الحمل تابعا للحامل فی الانتقال ظاهر و أما عندنا فالأقوی ذلک لأنه کالثمرهٔ المتجددهٔ علی الشجرهٔ- و کما لو أطارت الریح ثوبا للمشتری فی الدار المبتاعهٔ و الخیار له فلا یؤثر و یحتمل عدمه لحصول خطر ما و لنقص منافعها لا تقدر علی الحمل العظیم انتهی. و مما ذکرنا ظهر الوهم فیما نسب إلی الإیضاح من أن ما قربه فی القواعد مبنی علی قول الشیخ من دخول الحمل فی بیع الحامل. نعم ذکر فی جامع المقاصد أن ما ذکره المصنف إن تم فإنما یخرج علی قول الشیخ من کون المبیع فی زمن الخیار ملکا للبائع بشرط تجدد الحمل فی زمان الخیار و لعله فهم من العبارهٔ رد الحامل مع حملها علی ما یتراءی من تعلیله بقوله لأن الحمل زیادهٔ یعنی أن الحامل ردت إلی البائع مع الزیادهٔ لا مع النقیصهٔ لکن الظاهر من التعلیل کونه تعلیلا لعدم کون الحمل عیبا فی غیر الأمهٔ و کیف کان فالأقوی فی مسألهٔ حدوث حمل الأمهٔ عدم جواز الرد ما دام الحمل و ابتناء حکمها بعد الوضع و عدم النقص علی ما تقدم من أن زوال العیب الحادث یؤثر فی جواز الرد أم لا- و أما حمل غیر الأمهٔ فقد عرفت أنه لیس عیبا موجبا للأرش لعدم الخطر فیه غالبا و عجزها عن تحمل بعض المشاق لا- یوجب إلا- فوات بعض المنافع الموجب للتخییر فی الرد دون الأرش لکن لما کان المراد بالعیب الحادث المانع عن الرد ما یعم نقص الصفات غیر الموجب للأرش و کان محققا هنا مضافا إلی نقص آخر و هو کون المبیع متضمنا لمال الغیر لأن المفروض کون الحمل للمشتری اتجه الحکم بعدم جواز الرد حینئذ.

مسألهٔ الأکثر علی أن الثیوبهٔ لیست عیبا فی الإماء

بل فی التحریر لا نعلم فیه خلافا و نسبه فی المسالک کما عن غیره إلی إطلاق الأصحاب لغلبتها فیهن فکانت بمنزلهٔ الخلقهٔ الأصلیهٔ و استدل علیه أیضا بروایهٔ سماعهٔ المنجبرهٔ بعمل الأصحاب علی ما ادعاه المستدل: عن رجل باع جاریهٔ علی أنها بکر فلم یجدها کذلک قال لا ترد علیه و لا یجب علیه شیء إنه قد یکون تذهب فی حال مرض أو أمر یصیبها و فی کلا الوجهین نظر ففی الأول ما عرفت سابقا من أن وجود الصفهٔ فی أغلب أفراد الطبیعهٔ إنما یکشف عن کونها بمقتضی أصل وجودها المعبر عنه بالخلقهٔ الأصلیهٔ إذا لم یکن مقتضی الخلقهٔ معلوما فی ما نحن فیه و إلا فمقتضی الغالب لا یقدم علی ما علم أنه مقتضی الخلقهٔ الأصلیهٔ و علم کون النقص عنها موجبا لنقص المالیهٔ کما فیما نحن فیه خصوصا مع ما عرفت من إطلاق مرسلهٔ السیاری غایهٔ ما یفید الغلبهٔ المذکورهٔ هنا عدم تنزیل إطلاق العقد علی التزام سلامهٔ المعقود علیه عن تلک الصفهٔ الغالبهٔ و لا- یثبت الخیار بوجودها و إن کانت نقصا فی الخلقهٔ الأصلیهٔ. و أما روایهٔ سماعهٔ فلا دلالهٔ لها علی المقصود- لتعلیله ع عدم الرد مع اشتراط البکارهٔ باحتمال ذهابها بعارض و قدح هذا الاحتمال إما لجریانه بعد قبض المشتری فلا یکون مضمونا علی البائع و إما لأن اشتراط البکارهٔ کنایهٔ عن عدم وطء أحد لها فمجرد ثبوتها لا یوجب تخلف الشرط الموجب للخیار بل مقتضی تعلیل عدم الرد بهذا الاحتمال أنه لو فرض عدمه لثبت الخیار فیعلم من ذلک کون البکارهٔ صفهٔ کمال طبیعی فعدمها نقص فی أصل الطبیعهٔ فیکون عیبا و کیف کان فالأقوی أن الثیوبهٔ عیب عرفا و شرعا إلا أنها لما غلبت علی الإماء لم یقتض إطلاق العقد التزام سلامتها عن ذلک. و تظهر الثمرهٔ فیما لو اشترط فی متن العقد سلامهٔ المبیع

عن العیوب مطلقا أو اشترط خصوص البکارة فإنه یثبت بفقدها التخییر بین الرد و الأرش لوجود العیب و عدم المانع من تأثیره و مثله ما لو کان المبیع صغیرة أو کبیرة لم تکن الغالب علی صنفها الثیبوبة فإنه یثبت حکم العیب. و الحاصل أن غلبة الثیبوبة مانعة عن حکم العیب لا موضوعه فإذا وجد ما یمنع عن مقتضاها ثبت حکم العیب و لعل هذا هو مراد المشهور أیضا و یدل علی ذلک ما عرفت من العلامة رحمه الله فی التحریر من نفی الخلاف فی عدم کون الثیبوبة عیبا مع أنه فی کتبه بل المشهور کما فی الدروس علی ثبوت الأرش إذا اشترط البکارة- فلو لا أن الثیبوبة عیب لم یکن أرش فی مجرد تخلف الشرط. نعم یمکن أن یقال إن مستندهم فی ثبوت الأرش ورود النص بذلک فیما رواه فی الکافی و التهذیب عن یونس: فی رجل اشتری جاریة علی أنها عذراء فلم یجدها عذراء قال یرد علیه فضل القیمة إذا علم أنه صادق ثم إنه نسب فی التذکرة إلی أصحابنا عدم الرد بمقتضی روایة سماعة المتقدمة و أوله بما وجهنا به تلک الروایة.

و ذکر الشیخ فی النهایة مضمون الروایة مع تعلیلها الدال علی تأویلها و لو شرط الثیبوبة فبانت بکرا کان له الرد لأنه قد یقصد الثیب لغرض صحیح.

مسألة [هل عدم الختان عیب فی العبد]

ذکر فی التذکرة و القواعد من جملة العیوب عدم الختان فی العبد الکبیر لأنه یخاف علیه من ذلک و هو حسن علی تقدیر تحقق الخوف علی وجه لا یرغب فی بذل ما یبذل لغیره بإزائه و یلحق بذلک المملوک غیر المجدور فإنه یخاف علیه لکثرة موت الممالیک بالجدری- و مثل هذین و إن لم یکن نقصا فی الخلقة الأصلیة إلا أن عروض هذا النقص أعنی الخوف مخالف لمقتضی ما علیه الأغلب فی النوع أو الصنف و لو کان الکبیر مجلوبا من بلاد الشرک فظاهر القواعد کون عدم الختان عیبا

المکاسب، ج۳، ص ۲۶۹

فیه مع الجهل دون العلم و هو غیر مستقیم لأن العلم و الجهل بکونه مجلوبا لا یؤثر فی کونه عیبا. نعم لما کان الغالب فی المجلوب عدم الختان لم یکن إطلاق العقد الواقع علیه مع العلم بجلبه التزاما بسلامته من هذا العیب کما ذکرنا نظیره فی الثیب و تظهر الثمرة هنا أیضا فیما لو اشترط الختان فظهر أغلف فیثبت الرد و الأرش فإخراج العلامة الثیبوبة و عدم الختان فی الکبیر المجلوب مع العلم بجلبه من العیوب لکونه رحمه الله فی مقام عد العیوب الموجبة فعلا للخیار.

مسألة عدم الحیض ممن شأنها الحیض

بحسب السن و المکان و غیرهما من الخصوصیات التی لها مدخلیة فی ذلک عیب ترد معه الجاریة لأنه خروج عن المجری الطبیعی- و لقول الصادق ع: و قد سئل عن رجل اشتری جاریة مدرکة فلم تحض عنده حتی مضی لها ستة أشهر و لیس بها حمل قال إن کان مثلها تحیض و لم یکن ذلک من کبر فهذا عیب ترد منه و لیس التقیید بمضی ستة أشهر إلا فی مورد السؤال فلا داعی إلی تقیید کونه عیبا بذلک کما فی ظاهر بعض الکلمات ثم إن حمل الروایة علی صورة عدم التصرف فی الجاریة حتی بمثل قول المولی لها اسقنی ماءا أو أغلق الباب فی غایة البعد و ظاهر الحلی فی السرائر عدم العمل بمضمون الروایة رأسا.

مسألة الإباق عیب بلا إشکال و لا خلاف

لأنه من أفحش العیوب و یدل علیه صحیحة أبی همام الآتیة فی عیوب السنة- لکن فی روایة محمد بن قیس: أنه لیس فی الإباق عهدة و یمکن حملها علی أنه لیس کعیوب السنة یکفی حدوثها بعد العقد کما یشهد قوله ع فی روایة یونس: إن العهدة فی الجنون و البرص سنة بل لا بد من ثبوت کونه کذلک عند البائع و إلا فحدوثه عند المشتری لیس فی عهدة البائع و لا خلاف إذا ثبت وجوده

عند البائع و هل يكفى المرة عنده أو يشترط الاعتياد قولان من الشك فى كونه عيبا و الأقوى ذلك وفاقا لظاهر الشرائع و صريح التذكرة لكون ذلك بنفسه نقصا بحكم العرف و لا يشترط إباقه عند المشترى قطعا

مسألة الثفل الخارج عن العادة فى الزيت و البذر و نحوهما عيب

يثبت به الرد و الأرش لكون ذلك خلاف ما عليه غالب أفراد الشىء. و فى رواية ميسر بن عبد العزيز قال: قلت لأبى عبد الله ع فى الرجل يشترى زق زيت يجد فيه درديا قال إن كان يعلم أن الدردى يكون فى الزيت فليس عليه أن يرده و إن لم يكن يعلم فله أن يرده نعم فى رواية السكونى عن جعفر عن أبيه: إن عليا قضى فى رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها ربا فخاصمه إلى على ع فقال له على ع لك بكيل الرب سمنا فقال له الرجل إنما بعته منه حكرة فقال له على ع إنما أشترى منك سمنا و لم يشتر منك ربا قال فى الوافى يقال اشترى المتاع حكرة أى جملة و هذه الرواية بظاهرها مناف لحكم العيب من الرد و الأرش و توجيهها بما يطابق القواعد مشكل و ربما استشكل فى أصل الحكم بصحة البيع لو كان كثيرا للجهل بمقدار المبيع و كفاية معرفة وزن السمن بظروفه خارجة بالإجماع كما تقدم أو مفروضة فى صورة انضمام الظرف المفقود هنا لأن الدردى غير متمول و الأولى أن يقال إن وجود الدردى إن أفاد نقصا فى الزيت من حيث الوصف- و إن أفضى بعد التخليص إلى نقص الكم نظير الغش فى الذهب كان الزائد منه على المعتاد عيبا و إن أفرط فى الكثرة و لا إشكال فى صحة البيع حينئذ لأن المبيع زيت و إن كان معيوبا. و عليه يحمل ما فى التحرير من أن الدردى فى الزيت و البذر عيب موجب للرد و الأرش- و إن لم يفد إلا نقصا فى الكم- فإن باع ما فى العكة بعد وزنها مع العكة و مشاهدة شىء منه تكون أمارة على باقيه و قال بعتك ما فى هذه العكة من الزيت كل رطل بكذا فظهر امتزاجه بغيره غير الموجب لتعيبه فالظاهر صحة البيع و عدم ثبوت الخيار أصلا لأنه اشترى السمن الموجود فى هذه العكة و لا يقدح الجهل بوزنه للعلم به مع الظرف و المفروض معرفة نوعه بملاحظة شىء منها بفتح رأس العكة فلا عيب و لا تبعض صفقة إلا أن يقال إن إطلاق شراء ما فى العكة من الزيت فى قوة اشتراط كون ما عدا العكة سمنا فيلحق بما سيجىء فى الصورة الثالثة من اشتراط كونه بمقدار خاص و إن باعه بعد معرفة وزن المجموع بقوله بعتك ما فى هذه العكة فتبين بعضه درديا صح البيع فى الزيت مع خيار تبعض الصفقة قال فى التحرير لو اشترى سمنا فوجد فيه غيره تخير بين الرد و أخذ ما وجده من السمن بنسبة الثمن و لو باع ما فى العكة من الزيت على أنه كذا و كذا رطلا فتبين نقصه عنه لوجود الدردى صح البيع و كان للمشترى خيار تخلف الوصف أو الجزء على الخلاف المتقدم فيما لو باع الصبرة على أنها كذا و كذا فظهر ناقصا و لو باعه مع مشاهدته ممزوجا بما لا يتمول بحيث لا يعلم قدر خصوص الزيت فالظاهر عدم صحة البيع و إن عرف وزن المجموع مع العكة لأن كفاية معرفة وزن الظرف و المظروف إنما هى من حيث الجهل الحاصل من اجتماعهما لا- من انضمام مجهول آخر غير قابل للبيع كما لو علم بوزن مجموع الظرف و المظروف لكن علم بوجود صخرة فى الزيت مجهولة الوزن.

مسألة قد عرفت أن مطلق المرض عيب خصوصا الجنون و البرص و الجذام و القرن

و لكن يختص هذه الأربعة من بين العيوب بأنها لو حدثت إلى سنة من يوم العقد يثبت لأجلها التخيير بين الرد و الأرش هذا هو المشهور و يدل عليه ما استفيض عن مولانا أبى الحسن الرضا ع ففى رواية على بن أسباط عنه: فى حديث خيار الثلاثة أن أحداث السنة ترد بعد السنة قلت و ما أحداث السنة قال الجنون و الجذام و البرص و القرن فمن اشترى فحدث فيه هذه الأحداث فالحكم أن يرد على صاحبه إلى تمام السنة من يوم اشتراه. و فى رواية ابن فضال المحكية عن الخصال:

فى أربعة أشياء خيار سنة الجنون و الجذام و القرن و البرص و فى رواية أخرى له عنه ع قال: ترد الجارية من أربع خصال من الجنون و الجذام و البرص و القرن و الحدبة هكذا فى التهذيب. و فى الكافى القرن الحدبة إلا أنها تكون فى الصدر تدخل الظهر و تخرج

الصدر انتهى و مراده أن الحدب ليس خامسا لها لأن القرن يرجع إلى حدب فى الفرج لكن المعروف أنه عظم فى الفرج كالسن يمنع الوطى. و فى الصحيح عن محمد بن على- قيل و هو مجهول و احتمل بعض كونه الحلبى عنه ع قال: يرد المملوك من أحداث السنة من الجنون و البرص و القرن قال قلت و كيف يرد من أحداث فقال هذا أول السنة يعنى المحرم فإذا اشتريت مملوكا فحدث

المكاسب، ج۳، ص ۲۷۰

فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجة رددت على صاحبه. و هذه الرواية لم يذكر فيها الجذام مع ورودها فى مقام التحديد و الضبط لهذه الأمور فيمكن أن يدعى معارضتها لباقى الأخبار المتقدمة و من هنا استشكل المحقق الأردبيلى فى الجذام و ليس التعارض من باب المطلق و المقيد كما ذكره فى الحدائق ردا على الأردبيلى رحمه الله إلا أن يريد أن التعارض يشبه تعارض المطلق و المقيد فى وجوب العمل بما لا يجرى فيه احتمال يجرى فى معارضه و هو هنا احتمال سهو الراوى فى ترك ذكر الجذام فإنه أقرب الاحتمالات المتطرقة فى ما نحن فيه و يمكن أن يكون الوجه فى ترك الجذام فى هذه الرواية انعتاقها على المشترى بمجرد حدوث الجذام فلا معنى للرد و حينئذ فيشكل الحكم بالرد فى باقى الأخبار. و وجهه فى المسالك بأن عتقه على المشترى موقوف على ظهور الجذام بالفعل و يكفى فى العيب الموجب للخيار وجود مادته فى نفس الأمر و إن لم يظهر فيكون سبب الخيار مقدما على سبب العتق فإن فسخ انعتق على البائع و إن أمضى انعتق على المشترى. و فيه أولا أن ظاهر هذه الأخبار- أن سبب الخيار ظهور هذه الأمراض لأنه المعنى بقوله فحدث فيه هذه الخصال ما بينك و بين ذى الحجة و لو لا ذلك لكفى وجود موادها فى السنة و إن تأخر ظهورها عنها و لو بقليل بحيث يكشف عن وجود المادة قبل انقضاء السنة و هذا مما لا أظن أحدا يلتزمه مع أنه لو كان الموجب للخيار هى مواد هذه الأمراض كان ظهورها زيادة فى العيب حادثة فى يد المشترى فلتكن مانعة من الرد لعدم قيام المال بعينه حينئذ فيكون فى التزام خروج هذه العيوب من عموم كون النقص الحادث مانعا عن الرد تخصيصا آخر للعمومات. و ثانيا أن سبق سبب الخيار لا يوجب عدم الانعتاق بطروء سببه بل ينبغى أن يكون الانعتاق القهرى سببه مانعا شرعيا بمنزلة المانع العقلى عن الرد كالموت و لذا لو حدث الانعتاق بسبب آخر غير الجذام فلا أظن أحدا يلتزم عدم الانعتاق إلا بعد لزوم البيع خصوصا مع بناء العتق على التغليب هذا و لكن رفع اليد عن هذه الأخبار الكثيرة المعتضدة بالشهرة المحققة و الإجماع المدعى فى السرائر و الغنية مشكل فيمكن العمل بها فى موردها أو الحكم من أجلها بأن تقدم سبب الخيار يوجب توقف الانعتاق على إمضاء العقد و لو فى غير المقام ثم لو فسخ المشترى فانعتاقه على البائع موقوف على دلالة الدليل على عدم جواز تملك المجذوم لا أن جذام المملوك يوجب انعتاقه بحيث يظهر اختصاصه بحدوث الجذام فى ملكه ثم إن زيادة القرن ليس فى كلام الأكثر- فيظهر منهم العدم فنسبه المسالك الحكم فى الأربعة إلى المشهور كأنه لاستظهار ذلك من ذكره فى الدروس ساكتا عن الخلاف فيه. و عن التحرير نسبه إلى أبى على و فى مفتاح الكرامة أنه لم يظفر بقائل غير الشهيدين و أبى على و من هنا تأمل المحقق الأردبيلى من عدم صحة الأخبار و فقد الانجبار ثم إن ظاهر إطلاق الأخبار على وجه يبعد التقيد فيها شمول الحكم لصورة التصرف لكن المشهور تقيد الحكم بغيرها و نسب إليهم جواز الأرش قبل التصرف و تعينه بعده و الأخبار خالية عنه و كلاهما مشكل إلا أن الظن من كلمات بعض عدم الخلاف الصريح فيهما لكن كلام المفيد قدس سره مختص بالوطء و الشيخ و ابن زهرة لم يذكرا التصرف و لا الأرش. نعم ظاهر الحلى الإجماع على تساويها مع سائر العيوب من هذه الجهة و أن هذه العيوب كسائر العيوب فى كونها مضمونة إلا أن الفارق ضمان هذه إذا حدثت فى السنة بعد القبض و انقضاء الخيار و لو ثبت أن أصل هذه الأمراض تكمن قبل سنة من ظهورها و ثبت أن أخذ الأرش للعيب الموجود قبل العقد أو القبض مطابق للقاعدة ثبت الأرش هنا بملاحظة التعيب بمادة هذه الأمراض الكامنة فى المبيع لا بهذه الأمراض الظاهرة فيه قال فى المقنعة و يرد العبد و الأمة من الجنون و الجذام و البرص ما بين ابتياعها و بين سنة واحدة و لا يردان بعد سنة و ذلك أن أصل هذه الأمراض يتقدم ظهورها بسنة و لا يتقدم بأزيد فإن وطئ المبتاع الأمة فى هذه السنة لم يجز له ردها و كان له قيمته ما بينها صحيحة و سقيمه انتهى. و ظاهره أن نفس هذه الأمراض يتقدم بسنة و لذا أورد عليه فى السرائر أن هذا موجب لانعتاق المملوك على البائع فلا يصح البيع و يمكن أن يريد به ما

ذکرنا من إرادهٔ مواد هذه الأمراض

خاتمهٔ فی عیوب متفرقهٔ

خاتمهٔ فی عیوب متفرقهٔ

قال فی التـذکرهٔ إن الکفر لیس عیبا فی العبـد و لا الجاریـهٔ ثم اسـتحسن قول بعض الشافعیـهٔ بکونه عیبا فی الجاریـهٔ إذا منع الاسـتمتاع کالتمجس و التوثن دون التهود و التنصـر و الأقوی کونه موجبا للرد فی غیر المجلوب و إن کان أصلا فی الممالیک إلا أن الغالب فی غیر المجلوب الإسـلام فهو نقص موجب لتنفر الطباع عنه خصوصا بملاحظـهٔ نجاسـتهم المانعهٔ عن کثیر من الاسـتخدامات. نعم الظاهر عدم الأرش فیه لعدم صدق العیب علیه عرفا و عدم کونه نقصا أو زیادهٔ أصل الخلقهٔ و لو ظهرت الأمهٔ محرمهٔ علی المشتری برضاع أو نسب فالظـاهر عـدم الرد به لأنه لا یعـد نقصا بالنوع و لا عبرهٔ بخصوص المشتری و لو ظهر ممن ینعتق علیه فکـذلک کما فی التـذکرهٔ معللا بأنه لیس نقصا عنـد کل الناس و عـدم نقص مالیته عنـد غیره. و فی التـذکرهٔ لو ظهر أن البائع باعه وکالـهٔ أو ولایـهٔ أو وصایـهٔ أو أمانـهٔ ففی ثبوت الرد لخطر فساد النیابـهٔ احتمال. أقول الأقوی عدمه و کذا لو اشتری ما علیه أثر الوقف. نعم لو کان علیه أمارهٔ قویهٔ لم یبعـد کونه موجبا للرد لقلـهٔ رغبهٔ الناس فی تملک مثله و تأثیر ذلک فی نقصان قیمته عن قیمهٔ أصل الشـیء لو خلی و طبعه أثرا بینا. و ذکر فی التذکرهٔ أن الصیام و الإحرام و الاعتداد لیست عیوبا. أقول أما عدم إیجابها الأرش فلا إشـکال فیه و أما عدم إیجابها الرد ففیه إشـکال إذا فات بها الانتفاع فی مـدهٔ طویلـهٔ فإنه لا ینقص عن ظهور المبیع مسـتأجرا. و قال أیضا إذا کان المملوک نماما أو ساحرا أو قاذفا للمحصنات أو شاربا للخمر أو مقامرا ففی کون هذه عیوبا إشکال أقربه العدم. و قال لو کان الرقیق رطب الکلام أو غلیظ الصوت أو سیئ الأدب أو ولد زنا أو مغنیا أو حجاما أو أکولا أو زهیدا فلا رد و ترد الدابهٔ بالزهادهٔ

المکاسب، ج۳، ص ۲۷۱

و کون الأمـهٔ عقیمـا لاـ یوجب الرد لعـدم القطع بتحققه فربمـا کـان من الزوج أو لعـارض انتهی. و مراده العـارض الاتفاقی لا المرض العارضـی قال فی التذکرهٔ فی آخر ذکر موجبات الرد و الضابط أن الرد یثبت بکل ما فی المعقود علیه من منقص القیمهٔ أو العین نقصا یفوت به غرض صحیح بشرط أن یکون الغالب فی أمثال المبیع عدمه انتهی

القول فی الأرش

[الأرش لغهٔ و اصطلاحا]

اشارهٔ

و هو لغـهٔ کمـا فی الصـحاح و عن المصـباح دیـهٔ الجراحـات و عن القاموس أنه الدیـهٔ و یظهر من الأولین أنه فی الأصل اسم للفساد و یطلق فی کلام الفقهاء علی مال یؤخذ بدلا عن نقص مضمون فی مال أو بدن و لم یقدر له فی الشرع مقدر.

[کلام الشهید فی معنی الأرش]

و عن حواشـی الشـهید قدس سره أنه یطلق بالاشتراک اللفظی علی معان منها ما نحن فیه. و منها نقص القیمهٔ لجنایهٔ الإنسان علی عبد غیره فی غیر المقـدر الشـرعی. و منها ثمن التالف المقـدر شـرعا بالجنایـهٔ کقطع یـد العبـد. و منها أکثر الأمرین من المقدر الشرعی و

الأرش و هو ما تلف بجناية الغاصب انتهى. و فى جعل ذلك من الاشتراك اللفظى إشارة إلى أن هذا اللفظ قد اصطلح فى خصوص كل من هذه المعانى عند الفقهاء بملاحظة مناسبتها للمعنى اللغوى مع قطع النظر عن ملاحظة العلاقة بين كل منها و بين الآخر فلا يكون مشتركا معنويا بينهما و لا حقيقة و مجازا فهى كلها منقولات عن المعنى اللغوى بعلاقة الإطلاق و التقييد

. و ما ذكرناه فى تعريف الأرش فهو كلى انتزاعى عن تلك المعانى كما يظهر بالتأمل و كيف كان فقد ظهر من تعريف الأرش أنه لا يثبت إلا مع ضمان النقص المذكور

ثم إن ضمان النقص تابع فى الكيفية لضمان المنقوص

و هو الأصل فإن كان مضمونا بقيمته كالمغصوب و المستام و شبههما و يسمى ضمان اليد كان النقص مضمونا بما يخصه من القيمة إذا وزعت على الكل و إن كان مضمونا بعوض بمعنى أن فواته يوجب عدم تملك عوضه المسمى فى المعاوضة و يسمى ضمانه ضمان المعاوضة كان النقص مضمونا بما يخصه من العوض إذا وزع على مجموع الناقص و المنقوص لا نفس قيمة العيب لأن الجزء تابع للكل فى الضمان و لذا عرف جماعة الأرش فى عيب المثمن فيما نحن فيه بأنه جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة التفاوت بين الصحيح و المعيب إلى الصحيح و ذلك لأن ضمان تمام المبيع الصحيح على البائع ضمان المعاوضة بمعنى أن البائع ضامن لتسليم المبيع تاما إلى المشترى فإذا فاته تسليم بعضه ضمنه بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمته. نعم ظاهر كلام جماعة من القدماء كأكثر النصوص يوهم إرادة قيمة العيب كلها إلا أنها محمولة على الغالب من مساواة الثمن للقيمة السوقية للمبيع بقرينة ما فيها من أن البائع يرد على المشترى و ظاهره كون المردود شيئا من الثمن الظاهر فى عدم زيادته عليه بل فى نقصانه فلو كان اللازم هو نفس التفاوت لزاد على الثمن فى بعض الأوقات كما إذا اشترى جارية بدينارين و كان معيبها تسوى مائة و صحيحها تسوى أزيد فيلزم استحقاق مائة دينار فإذا لم يكن مثل هذا الفرد داخلا بقرينة عدم صدق الرد و الاسترجاع تعين كون هذا التعبير لأجل غلبة عدم استيعاب التفاوت للثمن فإذا بنى الأمر على ملاحظة الغلبة فمقتضاها الاختصاص بما هو الغالب من اشتراء الأشياء من أهلها فى أسواقها بقيمتها المتعارفة. و قد توهم بعض من لا تحصيل له أن العيب إذا كان فى الثمن كان أرشه تمام التفاوت بين الصحيح و المعيب و منشأه ما يتراءى فى الغالب من وقوع الثمن فى الغالب نقدا غالبا مساويا لقيمة المبيع فإذا ظهر معيبا وجب تصحيحه ببذل تمام التفاوت و إلا فلو فرض أنه اشترى عبدا بجارية تسوى معيبها أضعاف قيمته فإنه لا يجب بذل نفس التفاوت بين صحيحها و معيبها قطعا و كيف كان فالظاهر أنه لا إشكال و لا خلاف فى ذلك و إن كان المتراءى من الأخبار خلافه إلا أن التأمل فيها قاض بخلافه. نعم يشكل الأمر فى المقام من جهة أخرى- و هى أن مقتضى ضمان وصف الصحة بمقدار ما يخصه من الثمن لا بقيمته انفساخ العقد فى ذلك المقدار لعدم مقابل له حين العقد كما شأن الجزء المفقود المبيع مع أنه لم يقل به أحد و يلزم من ذلك أيضا تعين أخذ الأرش من الثمن مع أن ظاهر جماعة عدم تعينه منه معللا بأنه غرامة. و توضيحه أن الأرش لتتميم المعيب حتى يصير مقابلا للثمن لا لتنقيص الثمن حتى يصير مقابلا للمعيب و لذا سمى أرشا كسائر الأروش المتداركة للنقائص فضمان العيب على هذا الوجه خارج عن الضمانين المذكورين لأن ضمان المعاوضة يقتضى انفساخ المعاوضة بالنسبة إلى الفائت المضمون و مقابله إذ لا معنى له غير ضمان الشىء و أجزائه بعوضه المسمى و أجزائه و الضمان الآخر يقتضى ضمان الشىء بقيمته الواقعية فلا أوثق من أن يقال إن مقتضى المعاوضة عرفا هو عدم مقابلة وصف الصحة بشىء من الثمن لأنه أمر معنى كسائر الأوصاف و لذا لو قابل المعيب بما هو أنقص منه قدرا حصل الربا من جهة صدق الزيادة و عدم عد العيب نقصا يتدارك بشىء من مقابله إلا أن الدليل من النص و الإجماع دل على ضمان هذا الوصف من بين الأوصاف و كونه فى عهدة البائع بمعنى وجوب تداركه بمقدار من الثمن يضاف إلى ما يقابل بأصل المبيع لأجل اتصافه بوصف الصحة فإن هذا الوصف كسائر الأوصاف و إن لم يقابله شىء من الثمن لكن له مدخل فى وجود مقدار الثمن و عدمه فإذا تعهده البائع كان للمشترى مطالبته بخروجه عن عهدته بإزاء ما كان يلاحظ الثمن لأجله و للمشترى أيضا إسقاط هذا الالتزام عنه

[هل الضمان بعين بعض الثمن أو بمقداره]

نعم يبقى الكلام في كون هـذا الضـمان المخالف للأصل بعين بعض الثمن- كما هو ظاهر تعريف الأرش في كلام بأنه جزء من الثمن أو بمقـداره كما هو مختار العلامـة في صـريح التـذكرة و ظاهر غيرها و الشـهيدين في كتبهما وجهان تردد بينهما في جامع المقاصد و أقواهمـا الثاني لأصالـة عـدم تسـلط المشترى على شـيء من الثمن و براءة ذمـة البائع من وجوب دفعه لأن المتيقن من مخالفـة الأصـل ضمان البائع لتـدارك الفائت الذى التزم وجوده في المبيع بمقدار وقع الإقدام من المتعاقدين على زيادته على الثمن لداعي وجود هذه الصفة لا في مقابلها مضافا إلى إطلاق قوله ع في روايتى حماد و عبد الملك:

أنه له أرش العيب و لاـ دليـل على وجوب كون التـدارك بجزء من عين الثمن عـدا مـا يتراءى من ظاهر التعبير- في روايات أرش عن تدارك العيب برد التفاوت إلى المشترى الظاهر

المكاسب، ج۳، ص ۲۷۲

في كون المردود شـيئا كان عنـده أولا و هو بعض الثمن لكن التأمل التام يقضـى بأن هذا التعبير وقع بملاحظة أن الغالب وصول الثمن إلى البـائع و كونه من النقـدين فالرد باعتبار النوع لا الشـخص. و من ذلك ظهر أن قوله ع في روايـة ابن سـنان: و يوضع عنه من ثمنها بقدر العيب إن كان فيها محمول على الغالب من كون الثمن كليا في ذمة المشترى فإذا اشتغلت ذمة البائع بالأرش حسب المشترى عند أداء الثمـن مـا في ذمتـه عليـه ثـم على المختـار مـن عـدم تعينـه مـن عيـن الثمن فالظـاهر تعينه من النقـدين لأنهمـا الأصـل في ضـمان المضمونات إلا أن يتراضى على غيرهما من باب الوفاء أو المعاوضة. و استظهر المحقق الثاني من عبارة القواعد و التحرير بل الدروس عـدم تعينه منهما حيث حكما في باب الصـرف بأنه لو وجـد عيب في أحـد العوضـين المتخالفين بعـد التفرق جاز أخذ الأرش من غير النقـدين و لم يجز منهما فاستشـكل ذلك بأن الحقوق الماليـة إنما يرجع فيها النقدين فكيف الحق الثابت باعتبار نقصان في أحدهما و يمكن رفع هذا الإشكال بأن المضمون بالنقدين هي الأموال المتعينة المستقرة و الثابت هنا ليس مالا في الذمة و إلا بطل البيع فيما قابله من الصـحيح- لعـدم وصول عوضه قبل التفرق و إنما هو حق لو أعمله جاز له مطالبـة المال فإذا اختار الأرش من غير النقـدين ابتداء و رضـى به الآخر فمختاره نفس الأرش لا عوض عنه. نعم للآخر الامتناع منه لعـدم تعينه عليه كما أن لذى الخيار مطالبة النقدين في غير هذا المقام و إن لم يكن للآخر الامتناع حينئذ. و بالجملة فليس هنا شيء معين ثابت في الذمة إلا أن دفع غير النقدين يتوقف على رضا ذى الخيار و يكون نفس الأرش بخلاف دفع النقدين فإنه إذا اختير غيرهما لم يتعين للأرشية

[هل يعقل استغراق الأرش للثمن]

ثم إنه قـد تبين مما ذكرنا في معنى الأرش أنه لا يكون إلا مقـدارا مساويا لبعض الثمن و لا يعقل أن يكون مسـتغرقا له لأن المعيب إن لم يكن مما يتمول و يبـذل في مقابلة شـيء من المال بطل بيعه و إلا فلا بد من أن يبقى له من الثمن قسط. نعم ربما يتصور ذلك فيما إذا حـدث قبـل القبض أو في زمـان الخيار عيب يسـتغرق للقيمـة مع بقاء الشـيء على صـفة التملك بناء على أن مثل ذلك غير ملحق بـالتلف في انفساخ العقـد به بل يأخـذ المشترى أرش العيب و هو هنا مقـدار تمام الثمن لكن عـدم إلحاقه بالتلف مشـكل بناء على أن العيب إذا كان مضـمونا على البائع بمقتضى قوله ع: إن حدث في الحيوان حدث فهو من مال البائع حتى ينقضى خياره كان هذا العيب كأنه حدث في ملك البائع و المفروض أنه إذا حدث مثل هذا في ملك البائع كان بيعه باطلا لعدم كونه متمولا يبذل بإزائه شـيء من المال فيجب الحكم بانفساخ العقد إذا حدث مثل هذا بعده مضمونا على البائع إلا أن يمنع ذلك و أن ضمانه على البائع بمعنى الحكم بكون دركه عليه فهو بمنزلة الحادث قبل البيع في هذا الحكم لا مطلقا حتى ينفسخ العقد به و يرجع هذا الملك الموجود غير المتمول إلى البـائع بـل لو فرضـنا حـدوث العيب على وجه أخرجه عن الملـك فلاـ دليـل على إلحاقه بالتلف بل تبقى العين غير المملوكـة حقا

للمشتری و إن لم یکن ملکا له کالخمر المتخذ للتخلیل و یأخذ الثمن أو مقداره من البائع أرشا لا من باب انفساخ العقد هذا إلا أن العلامة قدس سره فی القواعد و التذکرة و التحریر و محکی النهایة یظهر منه الأرش المستوعب فی العیب المتقدم علی العقد الذی ذکرنا أنه لا- یعقل فیه استیعاب الأرش للثمن. قال فی القواعد لو باع العبد الجانی خطاء ضمن أقل الأمرین علی رأی و الأرش علی رأی و صح البیع إن کان موسرا و إلا تخیر المجنی علیه و لو کان عمدا وقف علی إجازة المجنی علیه و یضمن الأقل من الأرش و القیمة لا الثمن معها و للمشتری الفسخ مع الجهل فیرجع بالثمن أو الأرش فإن استوعب الجنایة فالأرش ثمنه أیضا و إلا فقدر الأرش و لا- یرجع لو کان عالما و له أن یفدیه کالمالک و لا- یرجع به علیه و لو اقتص منه فلا رد و له الأرش و هو نسبة تفاوت ما بین کونه جانیا و غیر جان من الثمن انتهی. و ذکر فی التذکرة هذه العبارة بعینها فی باب العیوب و قال فی أوائل البیع من التذکرة فی مسألة بیع العبد الجانی و لو کان المولی معسرا لم یسقط حق المجنی علیه من الرقبة ما لم یجز البیع أولا فإن البائع إنما یملک نقل حقه عن رقبته بفدائه و لا- یحصل من ذمة المعسر فیبقی حق المجنی علیه مقدما علی حق المشتری و یتخیر المشتری الجاهل فی الفسخ و یرجع بالثمن و به قال أحمد و بعض الشافعیة أو مع الاستیعاب لأن أرش مثل هذا جمیع ثمنه و إن لم یستوعب یرجع بقدر أرشه و لو کان عالما بتعلق الحق به فلا رجوع إلی أن قال و إن أوجبت الجنایة قصاصا تخیر المشتری الجاهل بین الأرش و الرد فإن اقتص منه احتمل تعین الأرش و هو قسط قیمة ما بینه جانیا و غیر جان و لا یبطل البیع من أصله لأنه تلف عند المشتری بالعیب الذی کان فیه فلم یوجب الرجوع بجمیع الثمن کالمریض و المرتد. و قال أبو حنیفة و الشافعی یرجع بجمیع ثمنه لأن تلفه لأمر استحق علیه عند البائع فجری مجری إتلافه انتهی و قال فی التحریر فی بیع الجانی خطاء و لو کان السید معسرا لم یسقط حق المجنی علیه عن رقبة العبد و للمشتری الفسخ مع عدم علمه فإن فسخ رجع بالثمن و إن لم یفسخ و استوعبت الجنایة قیمته و انتزعت یرجع المشتری بالثمن أیضا و إن لم تستوعب قیمته رجع بقدر الأرش و لو علم المشتری بتعلق الحق برقبة العبد لم یرجع بشیء و لو اختار المشتری أن یفدیه جاز و رجع به علی البائع مع الإذن و إلا فلا انتهی. قوله و انتزعت إما راجع إلی رقبة العبد أو إلی القیمة إذا باعه المجنی علیه و أخذ قیمته و هذا القید غیر موجود فی باقی عبارات العلامة فی کتبه الثلاثة و کیف کان فالعبد المتعلق برقبته حق للمجنی علیه یستوعب قیمته إما أن تکون له قیمة تبذل بإزائه أولا. و علی الأول فلا بد أن یبقی شیء

من الثمن للبائع بإزائه فلا- یرجع بجمیع الثمن علیه و علی الثانی فینبغی بطلان البیع- و لو قیل إن انتزاعه عن ملک المشتری لحق کان علیه عند البائع یوجب غرامته علی البائع کان اللازم من ذلک مع بعده فی نفسه أن یکون الحکم کذلک فیما لو اقتص من الجانی عمدا و قد عرفت من التذکرة و القواعد الحکم بقسط من الثمن فیه. و بالجملة فالمسألة محل تأمل و الله العالم.

مسألة یعرف الأرش بمعرفة قیمتی الصحیح و المعیب- لیعرف التفاوت بینهما

فیؤخذ من البائع بنسبة ذلک التفاوت و إذا لم تکن القیمة معلومة فلا بد

المکاسب، ج۳، ص ۲۷۳

من الرجوع إلی العارف بها و هو قد یخبر عن القیمة المتعارفة المعلومة المضبوطة عند أهل البلد أو أهل الخبرة منهم لهذا المبیع المعین أو لمثله فی الصفات المقصودة کمن یخبر بأن هذه الحنطة أو مثلها یباع فی السوق بکذا و هذا داخل فی الشهادة یعتبر فیها جمیع ما یعتبر فی الشهادة علی سائر المحسوسات من العدالة و الإخبار عن الحس و التعدد و قد یخبر عن نظره و حدسه من جهة کثرة ممارسته أشباه هذا الشیء و إن لم یتفق اطلاعه علی مقدار رغبة الناس فی أمثاله و هذا یحتاج إلی الصفات السابقة و زیادة المعرفة و الخبرة بهذا الجنس و یقال له بهذا الاعتبار أهل الخبرة. و قد یخبر عن قیمته باعتبار خصوصیات فی المبیع یعرفها هذا المخبر مع کون قیمته علی تقدیر العلم بالخصوصیات واضحة کالصائغ العارف بأصناف الذهب و الفضة من حیث الجودة و الرداءة مع کون قیمة الجید و الردیء محفوظة عند الناس معروفة بینهم فقوله هذا قیمته کذا یرید به أنه من جنس قیمته کذا و هذا فی الحقیقة لا یدخل فی

المقوم و كذا القسم الأول فمرادهم بالمقوم هو الثانى لكن الأظهر عدم التفرقة بين الأقسام من حيث اعتبار شروط القبول و إن احتمل فى غير الأول الاكتفاء بالواحد- إما للزوم الحرج لو اعتبر التعدد و إما لاعتبار الظن فى مثل ذلك مما انسد فيه باب العلم و يلزم من طرح قول العادل الواحد و الأخذ بالأقل لأصالة براءة ذمة البائع تضييع حق المشترى فى أكثر المقامات و إما لعموم ما دل قبول قول العادل خرج منها ما كان من قبيل الشهادة كالقسم الأول دون ما كان من قبيل الفتوى كالثانى لكونه ناشئا عن حدس و اجتهاد و تتبع الأشباه و الأنظار و قياسه عليها حتى أنه يحكم لأجل ذلك بأنه ينبغى أن يبذل بإزائه كذا و كذا و إن لم يوجد راغب يبذل له ذلك ثم لو تعذر معرفة القيمة لفقد أهل الخبرة أو توقفهم ففى كفاية الظن أو الأخذ بالأقل وجهان و يحتمل ضعيفا الأخذ بالأكثر لعدم العلم بتدارك العيب المضمون إلا به.

مسألة لو تعارض المقومون

اشارة

فيحتمل تقديم بينة الأقل للأصل و بينة الأكثر لأنها مثبتة و القرعة لأنها لكل أمر مشتبه و الرجوع إلى الصلح لتشبث كل من المتبايعين بحجة شرعية ظاهرية و المورد غير قابل للحلف لجهل كل منهما بالواقع و تخيير الحاكم لامتناع الجمع و فقد المرجح

[الأقوى وجوب الجمع بين البينات مهما أمكن]

لكن الأقوى من الكل ما عليه المعظم من وجوب الجمع بينهما بقدر الإمكان- لأن كلا منهما حجة شرعية يلزم العمل به فإذا تعذر العمل به فى تمام مضمونه وجب العمل به فى بعضه- فإذا قوم أحدهما بعشرة فقد قوم كلا من نصفه بخمسة و إذا قوم الآخر بثمانية فقد قوم كلا- من نصفه بأربعة فيعمل بكل منهما فى نصف المبيع و قولاهما و إن كانا متعارضين فى النصف أيضا كالكل فيلزم بما ذكر طرح كلا- القولين فى النصفين- إلا- أن طرح قول كل منهما فى النصف مع العمل به فى النصف الآخر أولى فى مقام امتثال أدلة العمل بكل بينة من طرح كليهما أو إحداهما رأسا و هذا معنى قولهم إن الجمع بين الدليلين و العمل بكل منهما و لو من وجه أولى من طرح أحدهما رأسا و لذا جعل فى تمهيد القواعد من فروع هذه القاعدة الحكم بالتنصيف فيما لو تعارضت البينتان فى دار فى يد رجلين يدعيهما كل منهما- بل ما نحن فيه أولى بمراعاة هذه القاعدة من الدليلين المتعارضين فى أحكام الله تعالى لأن الأخذ بأحدهما كلية و ترك الآخر كذلك فى التكاليف الشرعية الإلهية لا ينقص عن التبعيض من حيث مراعاة حق الله سبحانه لرجوع الكل إلى امتثال أمر الله سبحانه بخلاف مقام التكليف بإحقاق حقوق الناس فإن فى التبعيض جمعا بين حقوق الناس و مراعاة للجميع و لو فى الجملة و لعل هذا هو السر فى عدم تخيير الحاكم عند تعارض أسباب حقوق الناس فى شيء من الموارد.

و قد يستشكل ما ذكرنا تارة بعدم التعارض بينهما عند التحقيق لأن مرجع بينة النفى إلى عدم وصول نظرها و حدسها إلى الزيادة فبينه الإثبات المدعية للزيادة سليمة- و أخرى بأن الجمع فرع عدم اعتضاد إحدى البينتين بمرجح و أصالة البراءة هنا مرجحة للبينة الحاكمة بالأقل- و ثالثة بأن فى الجمع مخالفة قطعية- و إن كان فيه موافقة قطعية- لكن التخيير الذى لا يكون فيه إلا مخالفة احتمالية أولى منه. و يندفع الأول بأن المفروض أن بينة النفى تشهد بالقطع على نفى الزيادة واقعا و إن بذل الزائد فى مقابل المبيع سفه. و يندفع الثانى بما قررناه فى الأصول من أن الأصول الظاهرية لا تصير مرجحة للأدلة الاجتهادية- بل تصلح مرجعا فى المسألة لو تساقط الدليلان من جهة ارتفاع ما هو مناط الدلالة فيهما لأجل التعارض كما فى الظاهرين المتعارضين كالعامين من وجه المطابق أحدهما للأصل- و ما نحن فيه ليس من هذا القبيل. و الحاصل أن بينة الزيادة تثبت أمرا مخالفا للأصل و معارضتها بالأخرى النافية لها لا يوجب سقوطها بالمرة لفقد المرجح فيجمع بين النفى و الإثبات بالنصفين. و يندفع الثالث بأن ترجيح الموافقة الاحتمالية غير المشتملة على المخالفة القطعية على الموافقة القطعية المشتملة عليها إنما هو فى مقام الإطاعة و المعصية الراجعتين إلى الانقياد و التجرى حيث إن ترك

التجری أولی من تحصیل العلم بالانقیاد بخلاف مقام إحقاق حقوق الناس فإن مراعاة الجمیع أولی من إهمال أحدهما رأسا و إن اشتمل علی إعمال الآخر إذ لیس الحق فیها لواحد معین کما فی حقوق الله سبحانه- ثم إن قاعدة الجمع حاکمة علی دلیل القرعة- لأن المأمور به هو العمل بکل من الدلیلین لا- بالواقع المردد بینهما إذ قد یکون کلاهما مخالفا للواقع- فهما سببان مؤثران بحکم الشارع فی حقوق الناس فیجب مراعاتها و إعمال أسبابها بقدر الإمکان إذ لا ینفع توفیة حق واحد من إهمال حق الآخر رأسا علی النهج الذی ذکرنا من التنصیف فی المبیع ثم إن المعروف فی الجمع بین البینات الجمع بینهما فی قیمتی الصحیح فیؤخذ من القیمتین للصحیح نصفهما- و من الثلث ثلثهما و من الأربع ربعهما و هکذا فی المعیب ثم یلاحظ النسبة بین المأخوذ للصحیح و بین المأخوذ و یؤخذ بتلک النسبة فإذا کان إحدی قیمتی الصحیح اثنی عشر و الأخری ستة و إحدی قیمتی المعیب أربعة و الأخری اثنین أخذ للصحیح تسعة و للمعیب ثلاثة و التفاوت بالثلثین فیکون الأرش ثلثی الثمن- . و یمکن أیضا علی وجه التنصیف فیما به التفاوت بین القیمتین بأن تعمل فی نصفه

المکاسب، ج۳، ص ۲۷۴

بقول المثبت للزیادة و فی نصفه الآخر بقول النافی فإذا قومه إحداهما باثنی عشر و الأخری بثمانیة أخذ فی نصف الأربعة بقول المثبت و فی نصفها الآخر بقول النافی جمعا بین حقی البائع و المشتری لکن الأظهر هو الجمع علی النهج الأول و یحتمل الجمع بطریق آخر- و هو أن یرجع إلی البینة فی مقدار التفاوت- و یجمع بین البینات فیه من غیر ملاحظة القیم- و هذا منسوب إلی الشهید قدس سره علی ما فی الروضة- و حاصله قد یتحد مع طریق المشهور کما فی المثال المذکور فإن التفاوت بین الصحیح و المعیب علی قول کل من البینتین بالثلثین کما ذکرنا فی الطریق الأول و قد یختلفان کما إذا کانت إحدی قیمتی الصحیح اثنی عشر و الأخری ثمانیة و قیمة المعیب علی الأول عشرة و علی الثانی خمسة فعلی الأول یؤخذ نصف مجموع قیمتی الصحیح- أعنی العشرة- و نصف قیمتی المعیب و هو سبعة و نصف فالتفاوت بالربع فالأرش ربع الثمن- أعنی ثلاثة من اثنی عشر لو فرض الثمن اثنی عشر. و علی الثانی یؤخذ التفاوت بین الصحیح و المعیب علی إحدی البینتین بالسدس. و علی الآخر ثلاثة أثمان و ینصف المجموع- أعنی ستة و نصفا من اثنی عشر جزء و یؤخذ نصفه و هو ثلاثة و ربع و قد کان فی الأول ثلاثة و قد ینقص عن الأول- کما اتفقا علی أن قیمة المعیب ستة و قال إحداهما قیمة الصحیح ثمانیة و قال الأخری عشرة. فعلی الأول یجمع القیمتان و یؤخذ نصفهما تسعة و نسبته إلی الستة بالثلث. و علی الثانی یکون التفاوت علی إحدی البینتین ربعا- .

و علی الأخری خمسین فیؤخذ نصف الربع و نصف الخمسین فیکون ثمنا و خمسا و هو ناقص عن الثلث بنصف خمس- .

[صور اختلاف المقومین]

اشارة

توضیح هذا المقام أن الاختلاف إما أن یکون فی الصحیح فقط مع اتفاقهما علی المعیب و إما أن یکون فی المعیب فقط و إما أن یکون فیهما

[الاختلاف فی الصحیح فقط]

فإن کان فی الصحیح فقط کما فی المثال الأخیر- فالظاهر التفاوت بین الطریقین دائما لأنک قد عرفت أن الملحوظ علی طریق المشهور نسبة المعیب إلی مجموع نصفی قیمتی الصحیح- المجعول قیمة منتزعة- و علی الطریق الآخر نسبة المعیب إلی کل من القیمتین- المستلزمة لملاحظة أخذ نصفه مع نصف الآخر لیجمع بین البینتین فی العمل. و المفروض فی هذه الصورة أن نسبة المعیب- إلی مجموع نصفی قیمتی الصحیح التی هی طریقة المشهور مخالفة لنسبة نصفه إلی کل من النصفین لأن نسبة الکل إلی الکل تساوی

نسبة نصفه إلى كل من نصفى ذلك الكل و هو الأربعة و النصف فى المثال- لا إلى كل من النصفين المركب منهما ذلك الكل- كالأربعة و الخمسة- بل النصف المنسوب إلى أحد بعض المنسوب إليه كالأربعة نسبه مغايرة لنسبته إلى البعض الآخر أعنى الخمسة و هكذا غيره من الأمثلة

[الاختلاف فى المعيب فقط]

و إن كان الاختلاف فى المعيب فقط فالظاهر عدم التفاوت بين الطريقين أبدا لأن نسبة الصحيح إلى نصف مجموع قيمتى المعيب على ما هو طريق المشهور مساوية لنسبة نصفه إلى نصف إحداهما- و نصفه الآخر إلى نصف الأخرى- كما إذا اتفقا على كون الصحيح اثنى عشر- و قالت إحداهما المعيب ثمانية و قالت الأخرى ستة فإن تفاوت السبعة و الاثنى عشر الذى هو طريق المشهور مساو لنصف مجموع تفاوتى الثمانية مع الاثنى عشر و الستة مع الاثنى عشر لأن نسبة الأولين بالثلث و الآخرين بالنصف و نصفهما السدس و الربع و هذا بعينه تفاوت السبعة و الاثنى عشر

[الاختلاف فى الصحيح و المعيب معا]

و إن اختلفا فى الصحيح و المعيب فإن اتحدت النسبة بين الصحيح و المعيب على كلتا البينتين فيتحد الطريقان دائما كما إذا قومه إحداهما صحيحا باثنى عشر و معيبا بستة و قومه الأخرى صحيحا بستة و معيبا بثلاثة فإن نصف الصحيحين أعنى التسعة- تفاوته مع نصف مجموع المعيبين و هو الأربعة و نصف- عين نصف تفاوتى الاثنى عشر مع الستة و الستة مع الثلاثة- . و الحاصل أن كل صحيح ضعف المعيب فيلزمه كون نصف الصحيحين ضعف نصف المعيبين- و إن اختلفت النسبة فقد يختلف الطريقان و قد يتحدان. و قد تقدم مثالهما فى أول المسألة- ثم إن الأظهر بل المتعين فى المقام هو الطريق الثانى المنسوب إلى الشهيد قدس سره وفاقا للمحكى عن إيضاح النافع حيث ذكر أن طريق المشهور ليس بجيد و لم يذكر وجهه و يمكن إرجاع كلام الأكثر إليه كما سيجىء و وجه تعين هذا الطريق أن أخذ القيمة من القيمتين على طريق المشهور أو النسبة المتوسطة من النسبتين على الطريق الثانى- . إما للجمع بين البينتين- بإعمال كل منهما فى نصف العين كما ذكرنا- و إما لأجل أن ذلك توسط بينهما- لأجل الجمع بين الحقين- بتنصيف ما به التفاوت نفيا و إثباتا- على النهج الذى ذكرناه أخيرا فى الجمع بين البينتين كما يحكم بتنصيف الدرهم الباقى من الدرهمين المملوكين لشخصين إذا ضاع أحدهما المردد بينهما من عند الودعى- و لم تكن هنا بينة تشهد لأحدهما بالاختصاص بل و لا ادعى أحدهما اختصاصه بالدرهم الموجود فعلى الأول فاللازم و إن كان هو جمع نصفى قيمتى الصحيح و المعيب كما فعله المشهور- بأن يجمع الاثنا عشر و الثمانية المفروضتان قيمتين للصحيح فى المثال المتقدم- و يؤخذ نصف إحداهما قيمة نصف المبيع صحيحا- و نصف الأخرى قيمة للنصف الآخر منه- و لازم ذلك كون تمامه بعشرة- و يجمع قيمتا المعيب أعنى العشرة و الخمسة و يؤخذ لكل نصف من المبيع المعيوب نصف من أحدهما و لازم ذلك كون تمام المبيع بسبعة و نصف- إلا أنه لا ينبغى ملاحظة نسبة المجموع من نصفى إحدى القيمتين أعنى العشرة- إلى المجموع من نصف الأخرى أعنى سبعة و نصفا كما نسب إلى المشهور- لأنه إذا فرض لكل نصف من المبيع قيمة تغاير قيمة النصف الآخر وجب ملاحظة التفاوت بالنسبة إلى كل من النصفين صحيحا و معيبا و أخذ الأرش لكل نصف على حسب تفاوت صحيحه و معيبه فالعشرة ليست قيمة لمجموع الصحيح إلا باعتبار أن نصفه مقوم بستة و نصفه الآخر بأربعة- و كذا السبعة و النصف ليست قيمة لمجموع المعيب إلا باعتبار أن نصفه مقوم بخمسة و نصفه الآخر باثنين و نصف- فلا وجه ل أخذ تفاوت ما بين مجموع العشرة و السبعة و النصف بل لا بد من أخذ تفاوت ما بين الأربعة- و الاثنين و نصف لنصف منه تفاوت ما بين الستة و الخمسة للنصف الآخر. و توهم أن حكم شراء شىء تغاير قيمتا نصفيه حكم ما لو اشترى بالثمن الواحد مالين معيبين مختلفين فى القيمة صحيحا و معيبا بأن اشترى عبدا و جارية باثنى عشر فظهرا معيبين و العبد يسوى أربعة صحيحا و اثنين و نصف معيبا

و الجاریة تسوی ستة صحیحة و خمسة معیبة فإنه لا شک فی أن اللازم فی هذه الصورة ملاحظة مجموع قیمتی الصفقة صحیحة و معیبة أعنی العشرة و السبعة و النصف- و أخذ التفاوت و هو الربع من الثمن و هو ثلاثة إذا فرض الثمن اثنی عشر- کما هو طریق المشهور فیما نحن فیه- مدفوع بأن الثمن فی المثال- لما کان موزعا

المکاسب، ج۳، ص ۲۷۵

علی العبد و الجاریة بحسب قیمتهما- فإذا أخذ المشتری ربع الثمن أرشا فقد أخذ للعبد ثلاثة أثمان قیمته و للجاریة سدسها کما هو الطریق المختار لأنه أخذ من مقابل الجاریة أعنی سبعة و خمسا سدسه و هو واحد و خمس و من مقابل العبد أعنی أربعة و أربعة أخماس ثلاثة أثمان و هو واحد و أربعة أخماس فالثلاثة التی هی ربع الثمن- منطبق علی السدس و ثلاثة أثمان- بخلاف ما نحن فیه فإن المبذول فی مقابل کل من النصفین المختلفین بالقیمة أمر واحد و هو نصف الثمن. فالمناسب لما نحن فیه فرض شراء کل من الجاریة و العبد فی المثال المفروض بثمن مساو للآخر بأن اشتری کلا منهما بنصف الاثنی عشر فی عقد واحد أو عقدین فلا یجوز حینئذ أخذ الربع من اثنی عشر بل المتعین حینئذ أن یؤخذ من ستة الجاریة سدس- و من ستة العبد اثنان و ربع- فیصیر مجموع الأرش ثلاثة و ربعا و هو المأخوذ فی المثال المتقدم علی الطریق الثانی. و قد ظهر مما ذکرنا أنه لا فرق بین شهادة البینات بالقیم أو شهادتهم بنفس النسبة بین الصحیح و المعیب و إن لم یذکروا القیم- هذا کله إذا کان مستند المشهور فی أخذ القیمة الوسطی- العمل بکل من البینتین فی جزء من المبیع و أما إذا کان المستند مجرد الجمع بین الحقین علی ما ذکرناه أخیرا بأن ینزل القیمة الزائدة و یرتفع الناقصة علی حد سواء فالمتعین الطریق الثانی أیضا- سواء شهدت البینتان بالقیمتین- أم شهدتا بنفس النسبة بین الصحیح و المعیب- أما إذا شهدتا بنفس التفاوت فلأنه إذا شهدت إحداهما بأن التفاوت بین الصحیح و المعیب بالسدس و هو الاثنان من اثنی عشر- و شهدت الأخری بأنه بثلاثة أثمان- و هو الثلاثة من ثمانیة- زدنا علی السدس ما ینقص من ثلاثة أثمان- و صار کل واحد من التفاوتین بعد التعدیل سدسا و نصف سدس- و ثمنه و هو من الثمن المفروض اثنا عشر ثلاثة و ربع کما ذکرنا سابقا و إن شهدت البینتان بالقیمتین فمقتضی الجمع بین حقی البائع و المشتری فی مقام إعطاء الأرش و أخذه- تعدیل قیمتی کل من الصحیح و المعیب بالزیادة و النقصان بأخذ قیمة نسبته إلی المعیب- دون نسبة القیمة الزائدة و فوق نسبة الناقصة فیؤخذ من الاثنی عشر و العشرة و من الثمانیة و الخمسة قیمتان للصحیح و المعیب- نسبة إحداهما إلی الأخری یزید علی السدس- بما ینقص من ثلاثة أثمان- فیؤخذ قیمتان یزید صحیحهما علی المعیب بسدس و نصف سدس و ثمن سدس- و من هنا یمکن إرجاع کلام الأکثر إلی الطریق الثانی- بأن یریدوا من أوسط القیم المتعددة للصحیح و المعیب القیمة المتوسطة بین القیم لکل منهما- من حیث نسبتها إلی قیمة الآخر فیکون مرادهم من أخذ قیمتین للصحیح و المعیب- قیمة متوسطة من حیث نسبة إحداهما إلی الأخری بین أقوال جمیع البینات المقومین للصحیح و الفاسد و لیس فی کلام الأکثر أنه یجمع قیم الصحیح و ینتزع منها قیمة و کذلک قیم المعیب- ثم تنسب إحدی القیمتین المنتزعتین إلی الأخری- . قال فی المقنعة فإن اختلف أهل الخبرة عمل علی أوسط القیم و نحوه فی النهایة و فی الشرائع حمل علی الأوسط. و بالجملة فکل من عبر بالأوسط یحتمل أن یرید الوسط من حیث النسبة لا من حیث العدد هذا مع أن المستند فی الجمیع هو ما ذکرنا من وجوب العمل بکل من البینتین فی قیمة نصف المبیع. نعم لو لم تکن بینة أصلا لکن علمنا من الخارج- أن قیمة الصحیح إما هذا و إما ذاک و کذلک قیمة المعیب- و لم نقل حینئذ بالقرعة أو الأصل فاللازم الاستناد فی التنصیف إلی الجمع بین الحقین علی هذا الوجه. و قد عرفت أن الجمع بتعدیل التفاوت لأنه الحق دون خصوص القیمتین المحتملین و الله العالم

القول فی الشروط التی یقع علیها العقد و شروط صحتها و ما یترتب

الشرط یطلق فی العرف علی معنیین

أحدهما المعنى الحدثى

و هو بهذا المعنى مصدر شرط فهو شارط للأمر الفلانى و ذلك الأمر مشروط و فلان مشروط له أو عليه. و فى القاموس أنه إلزام الشىء و التزامه فى البيع و غيره و ظاهره كون استعماله فى الإلزام الابتدائى مجازا أو غير صحيح لكن لا إشكال فى صحته لوقوعه فى الأخبار كثيرا مثل قوله ص فى حكاية بيع بريرة: إن قضاء الله أحق و شرطه أوثق و الولاء لمن أعتق. و قول أمير المؤمنين ص: فى الرد على مشترط عدم التزوج بامرأة أخرى فى النكاح إن شرط الله قبل شرطكم و قوله: ما الشرط فى الحيوان قال ثلاثة أيام للمشترى قلت و فى غيره قال هما بالخيار حتى يفترقا و قد أطلق على النذر أو العهد أو الوعد فى بعض أخبار الشرط فى النكاح. و قد اعترف فى الحدائق بأن إطلاق الشرط على البيع كثير فى الأخبار و أما دعوى كونه مجازا فيدفعها مضافا إلى أولوية الاشتراك المعنوى و إلى أن المتبادر من قوله شرط على نفسه كذا ليس إلا مجرد الالتزام استدلال الإمام ع بالنبوى: المؤمنون عند شروطهم فيما تقدم من الخبر الذى أطلق فيه الشرط على النذر أو العهد و مع ذلك فلا حجة فيما فى القاموس مع تفرده به و لعله لم يلتفت إلى الاستعمالات التى ذكرناها و إلا لذكرها و لو بعنوان يشعر بمجازيتها ثم قد يتجوز فى لفظ الشرط بهذا المعنى فيطلق على نفس المشروط كالخلق بمعنى المخلوق فيراد به ما يلزمه الإنسان على نفسه.

الثانى ما يلزم من عدمه العدم

من دون ملاحظة أنه يلزم من وجوده الوجود أولا و هو بهذا المعنى اسم جامد لا مصدر فليس فعلا و لا حدثا و اشتقاق المشروط منه ليس على الأصل كالشارط و لذا ليسا بمتضايفين فى الفعل و الانفعال بل الشارط هو الجاعل و المشروط هو ما جعل له الشرط كالمسبب بالكسر و الفتح المشتقين من السبب فعلم من ذلك أن الشرط فى المعنيين نظير الأمر بمعنى المصدر و بمعنى الشىء
و أما استعماله فى السنة النحاة على الجملة الواقعة عقيب أدوات الشرط فهو اصطلاح خاص مأخوذ من إفادة تلك الجملة لكون مضمونها شرطا بالمعنى الثانى كما أن استعماله فى السنة أهل المعقول و الأصول فيما يلزم من عدمه العدم و لا يلزم من وجوده الوجود مأخوذ من ذلك المعنى إلا أنه أضيف إليه ما ذكر فى اصطلاحهم مقابلا للسبب. فقد تلخص مما ذكرنا أن للشرط معنيين عرفيين و آخرين اصطلاحيين لا يحمل عليهما الإطلاقات العرفية بل هى مرددة بين الأولين فإن قامت قرينة على إرادة المصدر تعين الأول أو على إرادة الجامد تعين الثانى و إلا حصل الإجمال و ظهر أيضا أن المراد بالشرط فى قولهم ص: المؤمنون عند شروطهم هو الشرط باعتبار كونه مصدرا إما مستعملا فى معناه أعنى إلزاما على أنفسهم و إما مستعملا بمعنى ملتزماتهم و إما بمعنى جعل الشىء شرطا بالمعنى الثانى بمعنى التزام عدم شىء عند عدم آخر و سيجىء الكلام فى ذلك. و أما الشرط فى قوله:
المكاسب، ج۳، ص ۲۷۶
ما الشرط فى الحيوان قال ثلاثة أيام للمشترى قلت و أما الشرط فى غيره قال البيعان بالخيار حتى يفترقا و قوله: الشرط فى الحيوان ثلاثة أيام للمشترى اشترط أو لم يشترط فيحتمل أن يراد به ما قرره الشارع و ألزمه على المتبايعين أو أحدهما من التسلط على الفسخ فيكون مصدرا بمعنى المفعول فيكون المراد به نفس الخيار المحدود من الشارع و يحتمل أن يراد به الحكم الشرعى المقرر و هو ثبوت الخيار و على كل تقدير ففى الإخبار عنه بقوله ثلاثة أيام مسامحة. نعم فى بعض الأخبار فى الحيوان كله شرط ثلاثة أيام و لا يخفى توقفه على التوجيه

الكلام فى شروط صحة الشرط

اشارة

و هی أمور قد وقع الکلام أو الخلاف فیها

أحدها أن یکون داخلا تحت قدرة المکلف

فیخرج ما لا یقدر العاقد علی تسلیمه إلی صاحبه سواء کان صفة لا یقدر العاقد علی تسلیم العین موصوفا بها مثل صیرورة الزرع سنبلا و کون الأمة و الدابة تحمل فی المستقبل أو تلد کذا أو کان عملا کجعل الزرع سنبلا و البسر تمرا کما مثل به فی القواعد لکن الظاهر أن المراد به جعل الله الزرع و البسر سنبلا و تمرا و الغرض الاحتراز عن اشتراط فعل غیر العاقد مما لا یکون تحت قدرته کأفعال الله سبحانه لا-عن اشتراط حدوث فعل محال من المشروط علیه لأن الإلزام و الالتزام بمباشرة فعل ممتنع عقلا أو عادة مما لا یرتکبه العقلاء و الاحتراز عن مثل الجمع بین الضدین أو الطیران فی الهواء مما لا یرتکبه العقلاء و الإتیان بالقید المخرج لذلک و الحکم علیه بعدم الجواز و الصحة بعید عن شأن الفقهاء و لذا لم یتعرضوا لمثل ذلک فی باب الإجارة و الجعالة مع أن اشتراط کون الفعل سائغا یغنی عن اشتراط القدرة. نعم اشتراط تحقق فعل الغیر الخارج عن اختیار المتعاقدین المحتمل وقوعه فی المستقبل و ارتباط العقد به بحیث یکون التراضی منوطا به و واقعا علیه أمر صحیح عند العقلاء مطلوب لهم بل أولی بالاشتراط من الوصف الحالی غیر المعلوم تحققه ککون العبد کاتبا و الحیوان حاملا و الغرض الاحتراز عن ذلک و یدل علی ما ذکرنا تعبیر أکثرهم ببلوغ الزرع و البسر سنبلا و تمرا أو لصیرورتهما کذلک و تمثیلهم لغیر المقدور بانعقاد الثمرة و إیناعها و حمل الدابة فی ما بعد و وضع الحامل فی وقت کذا و غیر ذلک. و قال فی القواعد- یجوز اشتراط ما یدخل تحت القدرة من منافع البائع دون غیره کجعل الزرع سنبلا و البسر تمرا قال الشهید رحمه الله فی محکی حواشیه علی القواعد إن المراد جعل الله الزرع سنبلا و البسر تمرا لأنا إنما نفرض فیما یجوز أن یتوهمه عاقل لامتناع ذلک من غیر الإله جلت عظمته انتهی لکن قال فی الشرائع و لا یجوز اشتراط ما لا یدخل فی مقدوره کبیع الزرع علی أن یجعله سنبلا و الرطب علی أن یجعله تمرا انتهی. و نحوها عبارة التذکرة لکن لا-بد من إرجاعها إلی ما ذکر إذ لا یتصور القصد من العاقل إلی الإلزام و الالتزام بهذا الممتنع العقلی اللهم إلا-أن یراد إعمال مقدمات الجعل علی وجه توصل إلیه مع التزام الإیصال فأسند إلی نفسه بهذا الاعتبار فافهم. و کیف کان فالوجه فی اشتراط الشرط المذکور مضافا إلی عدم الخلاف فیه- عدم القدرة علی تسلیمه بل و لا-علی تسلیم المبیع إذا أخذ متصفا به لأن تحقق مثل هذا الشرط بضرب من الاتفاق و لا یناط بإرادة المشروط علیه فیلزم الغرر فی العقد لارتباطه بما لا وثوق بتحققه و لذا نفی الخلاف فی الغنیة عن بطلان العقد باشتراط هذا الشرط استنادا علی عدم القدرة علی تسلیم المبیع کما یظهر بالتأمل فی آخر کلامه فی هذه المسألة و لا ینقض ما ذکرنا بما لو اشترط وصفا حالیا لا-یعلم تحققه فی المبیع کاشتراط کونه کاتبا بالفعل أو حاملا للفرق بینهما بعد الإجماع بأن التزام وجود الصفة فی الحال بناء علی وجود الوصف الحالی و لو لم یعلما به فاشتراط کتابة العبد المعین الخارجی بمنزلة توصیفه بها و بهذا المقدار یرتفع الغرر بخلاف ما سیتحقق فی المستقبل فإن الارتباط به لا یدل علی البناء علی تحققه. و قد صرح العلامة فیما حکی عنه ببطلان اشتراط أن تکون الأمة تحمل فی المستقبل لأنه غرر عرفا خلافا للمحکی عن الشیخ و القاضی فحکما بلزوم العقد مع تحقق الحمل و بجواز الفسخ إذا لم یتحقق و ظاهرهما کما استفاده فی الدروس تزلزل العقد باشتراط مجهول التحقق فیتحقق الخلاف فی مسألة اعتبار القدرة فی صحة الشرط. و یمکن توجیه کلام الشیخ بإرجاع اشتراط الحمل فی المستقبل إلی اشتراط صفة حالیة موجبة للحمل فعدمه کاشف عن فقدها و هذا الشرط و إن کان للتأمل فی صحته مجال إلا أن إرادة هذا المعنی یخرج اعتبار کون الشرط مما یدخل تحت القدرة عن الخلاف ثم إن عدم القدرة علی الشرط تارة لعدم مدخلیته فیه أصلا کاشتراط أن الحامل تضع فی شهر کذا و أخری لعدم استقلاله فیه کاشتراط بیع المبیع من زید فإن المقدور هو الإیجاب فقط لا العقد المرکب فإن أراد اشتراط المرکب فالظاهر دخوله فی اشتراط غیر المقدور إلا أن العلامة قدس سره فی التذکرة بعد جزمه بصحة اشتراط بیعه علی زید قال لو اشترط بیعه علی زید فامتنع زید من شرائه احتمل ثبوت الخیار بین الفسخ و الإمضاء و العدم إذ تقدیره بعه علی

زيد إن اشتراه انتهى و لا- أعرف وجها للاحتمال الأول إذ على تقدير إرادة اشتراط الإيجاب فقط قد حصل الشرط و على تقدير اشتراط المجموع المركب ينبغى البطلان إلا- أن يحمل على صورة الوثوق بالاشتراء فالاشتراط النتيجة بناء على حصولها بمجرد الإيجاب فاتفاق امتناعه من الشراء بمنزلة تعذر الشرط و عليه يحمل قوله فى التذكرة و لو اشترط على البائع إقامة كفيل على العهدة فلم يوجد أو امتنع المعين ثبت للمشترى الخيار انتهى.

و من أفراد غير المقدور ما لو شرط حصول غاية متوقفة شرعا على سبب خاص بحيث يعلم من الشرع عدم حصولها بنفس الاشتراط كاشتراط كون امرأة مزوجة أو الزوجة مطلقة من غير أن يراد من ذلك إيجاد الأسباب أما لو أراد إيجاد الأسباب أو كان الشرط مما يكفى فى تحققه نفس الاشتراط فلا إشكال و لو شك فى حصوله بنفس الاشتراط كملكية عين خاصة فسيأتى الكلام فيه فى حكم الشرط.

الثانى أن يكون الشرط سائغا فى نفسه

فلا يجوز اشتراط جعل العنب خمرا و نحوه من المحرمات لعدم نفوذ الالتزام بالمحرم و يدل عليه ما سيجىء من قوله: المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا فإن الشرط إذا كان محرما

المكاسب، ج۳، ص ۲۷۷

كان اشتراطه و الالتزام به إحلالا للحرام و هذا واضح لا إشكال فيه.

الثالث أن يكون مما فيه غرض معتد به عند العقلاء نوعا- أو بالنظر إلى خصوص المشروطة له.

و مثل له فى الدروس باشتراط جهل العبد بالعبادات و قد صرح جماعة بأن اشتراط الكيل أو الوزن بمكيال معين أو ميزان معين من أفراد المتعارف لغو سواء فى السلم و غيره. و فى التذكرة لو شرط ما لا غرض للعقلاء فيه و لا يزيد به المالية فإنه لغو لا يوجب الخيار و الوجه فى ذلك أن مثل ذلك لا يعد حقا للمشروط له حتى يتضرر بتعذره فيثبت له الخيار أو يعتنى به الشارع فيوجب الوفاء به و يكون تركه ظلما فهو نظير عدم إمضاء الشارع لبذل المال على ما فيه منفعة لا يعتد بها عند العقلاء و لو شك فى تعلق غرض صحيح به حمل عليه- و من هنا اختار فى التذكرة صحة اشتراط أن لا يأكل إلا الهريسة و لا يلبس إلا الخز و لو اشترط كون العبد كافرا ففى صحته أو لغويته قولان للشيخ و الحلى من تعلق الغرض المعتد به لجواز بيعه على المسلم و الكافر و لاستغراق أوقاته بالخدمة و من أن الإسلام يعلو و لا يعلى عليه و الأغراض الدنيوية لا تعارض الأخروية و جزم بذلك فى الدروس و بما قبله العلامة قدس سره.

الرابع أن لا يكون مخالفا للكتاب و السنة

اشارة

فلو اشترط رقية حر أو توريث أجنبى كان فاسدا لأن مخالفة الكتاب و السنة لا يسوغهما شىء. نعم قد يقوم احتمال تخصيص عموم الكتاب و السنة بأدلة الوفاء بل قد جوز بعض تخصيص عموم ما دل على عدم جواز الشرط المخالف للكتاب و السنة لكنه مما لا يرتاب فى ضعفه. و تفصيل الكلام فى هذا المقام و بيان معنى مخالفة الشرط للكتاب و السنة موقوف على ذكر

الأخبار الواردة فى هذا الشرط

ثم التعرض لمعناها فنقول إن الأخبار فى هذا المعنى مستفيضة بل متواترة معنى. ففى النبوى المروى صحيحا عن أبى عبد الله ع: من اشترط شرطا سوى كتاب الله عز و جل فلا يجوز ذلك له و لا عليه و المذكور فى كلام الشيخ و العلامة رحمه الله المروى من طريق

العامة قوله ص فی حكاية بريرة لما اشترتها عائشة و شرط مواليها عليها ولاءها ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فی كتاب الله فما كان من شرط ليس فی كتاب الله عز و جل فهو باطل قضاء الله أحق و شرطه أوثق و الولاء لمن أعتق و فی المروی موثقا عن أمير المؤمنين ع: من شرط لامرأته شرطا فليف به لها فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما و فی صحيحة الحلبی: كل شرط خالف كتاب الله فهو مردود و فی صحيحة ابن سنان: من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله عز و جل فلا يجوز له و لا يجوز على الذی اشترط عليه و المسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله و فی صحيحته الأخرى: المؤمنون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله عز و جل فلا يجوز و فی رواية محمد بن قيس عن أبی جعفر ع: فی من تزوج امرأة و أصدقها و اشترطت عليه أن بيدها الجماع و الطلاق قال خالفت السنة و وليت حقا ليست أهلا له فقضى أن عليه الصداق و بيده الجماع و الطلاق و ذلك السنة و فی معناها مرسلة ابن بكير عن أبی عبد الله ع و مرسلة مروان بن مسلم إلا أن فيهما عدم جواز هذا النكاح. و فی رواية إبراهيم بن محرز قال قلت لأبی عبد الله ع رجل قال لامرأته أمرك بيدك فقال ع: إنی يكون هذا و قد قال الله تعالى الرِّجالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّساءِ و عن تفسير العياشی عن ابن مسلم عن أبی جعفر ع قال: قضى أمير المؤمنين ع فی امرأة تزوجها رجل و شرط عليها و على أهلها أن تزوج عليها أو هجرها أو أتى عليها سرية فهی طالق فقال ع شرط الله قبل شرطكم إن شاء وفی بشرطه و إن شاء أمسك امرأته و تزوج عليها و تسرى و هجرها إن أتت بسبب ذلك قال الله تعالى فَانْكِحُوا ما طابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنى وَ ثُلاثَ و قال أحل لكم ما ملكت أيمانكم وَ اللَّاتِی تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ الآية

[المراد بكتاب الله]

ثم الظاهر أن المراد بكتاب الله هو ما كتب الله على عباده من أحكام الدين و أن بينه على لسان رسوله ص فاشتراط ولاء المملوك لبائعه إنما جعل فی النبوی مخالفا لكتاب الله بهذا المعنى لكن ظاهر النبوی و إحدى صحيحتی ابن سنان- اشتراط موافقة كتاب الله فی صحة الشرط و أن ما ليس فيه أو لا يوافقه فهو باطل

[المراد بموافقة الكتاب فی بعض الأخبار]

و لا يبعد أن يراد بالموافقة عدم المخالفة نظرا إلى موافقة ما لم يخالف كتاب الله بالخصوص لعموماته المرخصة للتصرفات غير المحرمة فی النفس و المال فخياطة ثوب البائع مثلا موافق للكتاب بهذا المعنى

[المتصف بمخالفة الكتاب إما الملتزم أو نفس الالتزام]

ثم إن المتصف بمخالفة الكتاب- إما نفس المشروط و الملتزم ككون الأجنبی وارثا و عكسه و كون الحر أو ولده رقا و ثبوت الولاء لغير المعتق و نحو ذلك و إما أن يكون التزامه مثلا مجرد عدم التسری و التزوج على المرأة ليس مخالفا للكتاب و إنما المخالف الالتزام به فإنه مخالف لإباحة التسری و التزوج الثابتة بالكتاب و قد يقال إن التزام ترك المباح لا ينافی إباحته فاشتراط ترك التزوج و التسری لا ينافی الكتاب فينحصر المراد فی المعنى الأول. و فيه أن ما ذكر لا يوجب الانحصار فإن التزام ترك المباح و إن لم يخالف الكتاب المبيح له إلا أن التزام فعل الحرام يخالف الكتاب المحرم له فيكفی هذا مصداقا لهذا المعنى مع أن الرواية المتقدمة الدالة على كون اشتراط ترك التزوج و التسری مخالفا للكتاب مستشهدا عليه بما دل من الكتاب على إباحتهما كالصريحة فی هذا المعنى و ما سيجیء من تأويل الرواية بعيد مع أن قوله ع فی رواية إسحاق بن عمار: المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما ظاهر بل صريح فی فعل الشارط فإنه الذی يرخص باشتراطه الحرام الشرعی و يمنع باشتراطه عن المباح الشرعی إذ المراد من التحريم و إلا حلال ما هو من فعل الشارط لا الشارع و أصرح من ذلك كله المرسل المروی فی الغنية: الشرط جائز بين المسلمين ما لم يمنع

منه کتاب أو سنة

[المراد بحکم الکتاب و السنة]

ثم إن المراد بحکم الکتاب و السـنة الذی یعتبر عدم مخالفة المشروط أو نفس الاشتراط له هو ما ثبت علی وجه لا یقبل تغیره بالشرط لأجل تغیر موضوعه بسبب الاشتراط.

[انقسام الحکم الشرعی إلی قسمین]

[ما یثبت للشیء من حیث نفسه]

و توضیح ذلک أن حکم الموضوع قد یثبت له من حیث نفسه و مجردا من ملاحظة عنوان آخر طار علیه و لازم ذلک من عدم التنافی بین ثبـوت هـذا الحکم و بین ثبـوت حکم آخر له إذا فرض عروض عنـوان آخر لـذلک الموضـوع و مثـال ذلـک أغلب المباحـات و المسـتحبات و المکروهات بل جمیعها حیث إن تجویز الفعل و الترک إنما هو من حیث ذات الفعل فلا ینافی طرو عنوان یوجب المنع عن

المکاسب، ج۳، ص ۲۷۸

الفعـل أو الترک کأکـل اللحم فـإن الشـرع قـد دل علی إبـاحته فی نفسه بحیث لاـ ینافی عروض التحریم له إذا حلف علی ترکه أوامر الوالد بترکه أو عروض الوجوب له إذا صار مقدمة لواجب أو نذر فعله مع انعقاده

[ما یثبت له لا مع تجرده عن ملاحظة العنوانات الطارئة]

و قـد یثبت له لا مع تجرده عن ملاحظة العنوانات الخارجة الطاریة علیه و لازم ذلک حصول التنافی بین ثبوت هذا الحکم و بین ثبوت حکم آخر له و هـذا نظیر أغلب المحرمات و الواجبات فإن الحکم بالمنع عن الفعل أو الترک مطلق لا مقید بحیثیة تجرد الموضوع إلا عن بعض العنوانات کالضـرر و الحرج فإذا فرض ورود حکم آخر من غیر جهـة الحرج و الضـرر فلا بـد من وقوع التعارض بین دلیلی الحکمین فیعمل بالراجح بنفسه أو بالخارج

[القسم الأول من الشروط لیس مخالفا للکتاب]

إذا عرفت هـذا فنقول الشـرط إذا ورد علی ما کان من قبیل الأول لم یکن الالتزام بذلک مخالفا للکتاب إذا المفروض أنه لا تنافی بین حکم ذلک الشیء فی الکتاب و السنة و بین دلیل الالتزام بالشرط و وجوب الوفاء به و إذا ورد علی ما کان من قبیل الثانی کان التزامه مخالفا للکتاب و السنة

[ظاهر مورد بعض الأخبار من قبیل الأول و توجیهه]

اشارة

و لکن ظـاهر مورد بعض الأخبـار المتقدمـة من قبیل الأول کترک التزوج و ترک التسـری فإنهما مباحان من حیث أنفسـهما فلا ینافی ذلک لزومهما بواسطة العنوانات الخارجة کالحلف و الشرط و أمر السید و الوالد و حینئذ فیجب إما جعل ذلک الخبر کاشفا عن کون ترک الفعلین فی نظر الشارع من الجائز الـذی لا یقبل اللزوم بالشـرط و إن کان فی أنظارنا نظیر ترک أکل اللحم و التمر و غیرهما من

المباحات القابلة لطرو عنوان التحريم لكن يبعده استشهاد الإمام لبطلان تلك الشروط بإباحة ذلك فی القرآن و هو فی معنی إعطاء الضابطة لبطلان الشروط. و أما الحمل علی أن هذه الأفعال مما لا یجوز تعلق وقوع الطلاق علیها و أنها لا توجب الطلاق كما فعله الشارط فالمخالف للكتاب هو ترتب طلاق المرأة إذ الكتاب دال علی إباحتها و أنها مما لا یترتب علیه حرج و لو من حیث خروج المرأة بها عن زوجیة الرجل. و یشهد لهذا الحمل و إن بعد بعض الأخبار الظاهرة فی وجوب الوفاء بمثل هذا الالتزام مثل روایة منصور بن یونس قال: قلت لأبی الحسن ع إن شریكا لی كان تحته امرأة فطلقها فبانت منه فأراد مراجعتها فقالت له المرأة لا و الله لا أتزوجك أبدا حتی یجعل الله لی علیك أن لا تطلقنی و لا تتزوج علی قال و قد فعل قلت نعم جعلنی الله فداك قال بئسما صنع ما كان یدری ما یقع فی قلبه باللیل و النهار ثم قال أما الآن فقل له فلیتم للمرأة شرطها فإن رسول الله ص قال المسلمون عند شروطهم فیمكن حمل روایة محمد بن قیس علی إرادة عدم سببیته للطلاق بحكم الشرط فتأمل.

ثم إنه لا إشكال فیما ذكرنا من انقسام الحكم الشرعی إلی القسمین المذكورین و أن المخالف للكتاب هو الشرط الوارد علی القسم الثانی لا الأول

منها كون من أحد أبویه حر رقا

فإن ما دل علی أنه لا یملك ولد حر قابل لأن یراد به عدم رقیة ولد الحر بنفسه بمعنی أن الولد ینعقد لو خلی و طبعه تابعا لأشرف الأبوین فلا ینافی جعله رقا بالشرط فی ضمن عقد و أن یراد به أن ولد الحر لا یمكن أن یصیر فی الشریعة رقا فاشتراطه اشتراط لما هو مخالف للكتاب و السنة الدالین علی هذا الحكم.

و منها إرث المتمتع بها هل هو قابل للاشتراط فی ضمن عقد المتعة أو عقد آخر أم لا

فإن الظاهر الاتفاق علی عدم مشروعیة اشتراطه فی ضمن عقد آخر و عدم مشروعیة اشتراط إرث أجنبی آخر فی ضمن عقد مطلقا فیشكل الفرق حینئذ بین أفراد غیر الوارث و بین أفراد العقود و جعل ما حكموا بجوازه مطلقا مطابقا للكتاب و ما منعوا عنه مخالفا إلا أن یدعی أن هذا الاشتراط مخالف للكتاب إلا فی هذا المورد أو أن الشرط المخالف للكتاب ممنوع إلا فی هذا المورد و لكن عرفت وهن الثانی و الأول یحتاج إلی تأمل.

و منها أنهم اتفقوا علی جواز اشتراط الضمان فی العاریة

و اشتهر عدم جوازه فی عقد الإجارة فیشكل أن مقتضی أدلة عدم ضمان الأمین عدم ضمانه فی نفسه من غیر إقدام علیه بحیث لا ینافی إقدامه علی الضمان من أول الأمر أو عدم مشروعیة ضمانه و تضمینه و لو بالأسباب كالشرط فی ضمن عقد تلك الأمانة أو غیر ذلك

و منها اشتراط أن لا یخرج بالزوجة إلی بلد آخر

فإنهم اختلفوا فی جوازه و الأشهر علی الجواز و جماعة علی المنع من جهة مخالفته للشرع من حیث وجوب إطاعة الزوج و كون مسكن الزوجة و منزلها باختیاره و أورد علیهم بعض المجوزین بأن هذا جار فی جمیع الشروط السائغة من حیث إن الشرط ملزم لما لیس بلازم فعلا أو تركا.

و بالجملة فموارد الإشكال فی تمیز الحكم الشرعی القابل لتغیره بالشرط بسبب تغیر عنوانه عن غیر القابل كثیرة یظهر للمتتبع فینبغی للمجتهد ملاحظة الكتاب و السنة الدالین علی الحكم الذی یراد تغیره بالشرط و التأمل فیه حتی یحصل له التمیز و یعرف أن المشروط

من قبيل ثبوت الولاء لغير المعتق المنافى لقوله ص: الولاء لمن أعتق أو من قبيل ثبوت الخيار للمتبائعين غير المنافى لقوله ع: إذا افترقا وجب البيع أو عدمه لهما فى المجلس مع قوله ع: البيعان بالخيار ما لم يفترقا إلى غير ذلك من الموارد المتشابهة صورة المخالفة حكما

[الأصل عدم المخالفة عند عدم التميز]

فإن لم يحصل له بنى على أصالة عدم المخالفة فيرجع إلى عموم: المؤمنون عند شروطهم و الخارج عن هذا العموم و إن كان هو المخالف واقعا للكتاب و السنة لا ما علم مخالفته إلا أن البناء على أصالة عدم المخالفة يكفى فى إحراز عدمها واقعا كما فى سائر مجارى الأصول و مرجع هذا الأصول إلى أصالة عدم ثبوت هذا الحكم على وجه لا يقبل تغيره بالشرط مثلا نقول إن الأصل عدم ثبوت هذا الحكم بتسلط الزوج على الزوجة من حيث المسكن لا من حيث هو لو خلى و طبعه و لم يثبت فى صورة إلزام الزوج على نفسه بعض خصوصيات المسكن لكن هذا الأصل إنما ينفع بعد عدم ظهور الدليل الدال على الحكم فى إطلاقه بحيث يشمل صورة الاشتراط كما فى أكثر الأدلة المتضمنة للأحكام المتضمنة للرخصة و التسليط فإن الظاهر سوقها فى مقام بيان حكم الشيء من حيث هو الذى لا ينافى طرو خلافه لملزم شرعى كالنذر و شبهه من حقوق الله و الشرط و شبهه من حقوق الناس أما ما كان ظاهره العموم كقوله: لا يملك ولد حر فلا مجرى فيه لهذا الأصل. ثم إن بعض مشايخنا المعاصرين بعد ما خص الشرط المخالف للكتاب الممنوع عنه فى الأخبار بما كان الحكم المشروط مخالفا للكتاب و أن التزام فعل المباح أو الحرام أو ترك المباح أو الواجب خارج عن مدلول تلك الأخبار ذكر أن المتعين

المكاسب، ج۳، ص ۲۷۹

فى هذه الموارد ملاحظة التعارض بين ما دل على حكم ذلك الفعل و ما دل على وجوب الوفاء بالشرط و يرجع إلى المرجحات و ذكر أن المرجح فى مثل اشتراط شرب الخمر هو الإجماع قال و ما لم يكن فيه مرجح يعمل فيه بالقواعد و الأصول. و فيه من الضعف ما لا يخفى مع أن اللازم على ذلك الحكم بعدم لزوم الشرط بل عدم صحته فى جميع موارد عدم الترجيح لأن الشرط إن كان فعلا يجوز تركه كان اللازم مع تعارض أدلة وجوب الوفاء بالشرط و أدلة جواز ترك ذلك الفعل مع فقد المرجح الرجوع إلى أصالة عدم وجوب الوفاء بالشرط فلا يلزم بل لا يصح و إن كان فعل محرم أو ترك واجب لزم الرجوع إلى أصالة بقاء الوجوب و التحريم الثابتين قبل الاشتراط.

فالتحقيق ما ذكرنا من أن من الأحكام المذكورة فى الكتاب و السنة ما يقبل التغيير بالشرط لتغيير عنوانه كأكثر ما ترخص فى فعله و تركه و منها ما لا يقبله كالتحريم و كثير من موارد الوجوب

و أدلة الشروط حاكمة على القسم الأول دون الثانى

فإن اشتراطه مخالف لكتاب الله كما عرفت و عرفت حكم صورة الشك و قد تفطن قدس سره لما ذكرنا فى حكم القسم الثانى و أن الشرط فيه مخالف للكتاب بعض التفطن بحيث كاد أن يرجع عما ذكره أولا من التعارض بين أدلة وجوب الوفاء بالشرط و أدلة حرمة شرب الخمر فقال و لو جعل هذا الشرط من أقسام الشرط المخالف للكتاب و السنة كما يطلق عليه عرفا لم يكن بعيدا انتهى.

[المراد من تحريم الحلال و تحليل الحرام]

و مما ذكرنا من انقسام الأحكام الشرعية المدلول عليها فى الكتاب و السنة على قسمين يظهر لك معنى قوله ع فى رواية إسحاق بن عمار المتقدمة: المؤمنون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما فإن المراد بالحلال و الحرام فيها ما كان كذلك بظاهر

دليله حتى مع الاشتراط نظير شرب الخمر و عمل الخشب صنما أو صورة حيوان و نظير مجامعة الزوج التى دل بعض الأخبار السابقة على عدم ارتفاع حكمها أعنى الإباحة متى أراد الزوج باشتراط كونها بيد المرأة و نظير التزوج و التسرى و الهجر حيث دل بعض تلك الأخبار على عدم ارتفاع إباحتها باشتراط تركها معللا بورود الكتاب العزيز بإباحتها. أما ما كان حلالا لو خلى و طبعه بحيث لا ينافى حرمته أو وجوبه بملاحظة طرو عنوان خارجى عليه أو كان حراما كذلك فلا يلزم من اشتراط فعله أو تركه إلا تغير عنوان الحلال و الحرام الموجب لتغير الحل و الحرمة فلا يكون حينئذ تحريم حلال و لا تحليل حرام أ لا ترى أنه لو نهى السيد عبده أو الوالد ولده عن فعل مباح أعنى مطالبة ماله فى ذمة غريمه أو حلف الملك على تركه لم يكن الحكم بحرمته شرعا من حيث طرو عنوان معصية السيد و الوالد و عنوان حنث اليمين عليه تحريما لحلال فكذلك ترك ذلك الفعل فى ضمن عقد يجب الوفاء به و كذلك امتناع الزوجة عن الخروج مع زوجها إلى بلد آخر محرم فى نفسه و كذلك امتناعها من المجامعة و لا ينافى ذلك حليتهما باشتراط عدم إخراجها عن بلدها أو باشتراط عدم مجامعتها كما فى بعض النصوص. و بالجملة فتحريم الحلال و تحليل الحرام إنما يلزم مع معارضة أدلة الوفاء بالشرط لأدلة أصل الحكم حتى يستلزم وجوب الوفاء مخالفة ذلك و طرح دليله أما إذا كان دليل ذلك الحكم لا يفيد إلا ثبوته لو خلى الموضوع و طبعه فإنه لا يعارضه ما دل على ثبوت ضد ذلك الحكم إذا طرأ على الموضوع عنوان آخر لم يثبت ذلك الحكم له إلا مجردا عن ذلك العنوان

ثم إنه يشكل الأمر فى استثناء الشرط المحرم للحلال

اشارة

على ما ذكرنا فى معنى الرواية بأن أدلة حلية أغلب المحللات بل كلها إنما تدل على حليتها فى أنفسها لو خليت و أنفسها فلا تنافى حرمتها من أجل الشرط كما قد تحرم من أجل النذر و أخويه و من جهة إطاعة الوالد و السيد و من جهة صيرورتها علة للمحرم و غير ذلك من العناوين الطارئة لها. نعم لو دل دليل حل شىء على الحلية المطلقة نظير دلالة أدلة المحرمات بحيث لا يقبل طرو عنوان مغير عليه أصلا أو خصوص الشرط من بين العناوين أو دل الدليل من الخارج على كون ذلك الحلال كذلك كما دل بعض الأخبار بالنسبة إلى بعض الأفعال كالتسرى و التزوج و ترك الجماع من دون إرادة الزوجة كان مقتضاه فساد اشتراط خلافه لكن دلالة نفس دليل الحلية على ذلك لم توجد فى مورد و الوقوف مع الدليل الخارج الدال على فساد الاشتراط يخرج الرواية عن سوقها لبيان ضابطة الشروط عند الشك إذ مورد الشك حينئذ محكوم بصحة الاشتراط و مورد ورود الدليل على عدم تغير حل الفعل باشتراط تركه مستغن عن الضابطة مع أن الإمام علل فساد الشرط فى هذه الموارد بكونه محرما للحلال كما عرفت فى الرواية التى تقدمت فى عدم صحة اشتراط عدم التزوج و التسرى معللا بكونه مخالفا للكتاب الدال على إباحتها.

[عدم ورود الإشكال فى الشرط المحلل للحرام]

نعم لا يرد هذا الإشكال فى طرف تحليل الحرام لأن أدلة المحرمات قد علم دلالتها على التحريم على وجه لا يتغير بعنوان الشرط و النذر و شبههما بل نفس استثناء الشرط المحلل للحرام عما يجب الوفاء به دليل على إرادة الحرام فى نفسه لو لا الشرط و ليس كذلك فى طرف المحرم للحلال فإنا قد علمنا أن ليس المراد الحلال لو لا الشرط لأن تحريم المباحات لأجل الشرط فوق حد الإحصاء بل اشتراط كل شرط عدا فعل الواجبات و ترك المحرمات مستلزم لتحريم الحلال فعلا أو تركا

[توهم اختصاص الإشكال بما دل على الإباحة التكليفية]

و ربما يتخيل أن هذا الإشكال مختص بما دل على الإباحة التكليفية كقوله تحل كذا و تباح كذا أما الحلية التى تضمنها الأحكام

الوضعیة کالحکم بثبوت الزوجیة أو الملکیة أو الرقیة أو أضدادها فهی أحکام لا تتغیر لعنوان أصلا فإن الانتفاع بالملک فی الجملة و الاستمتاع بالزوجة و النظر إلی أمها و بنتها من المباحات التی لا تقبل التغیر و لذا ذکر فی مثال الصلح المحرم للحلال أن لا ینتفع بماله أو لا یطأ جاریته. و بعبارة أخری ترتب آثار الملکیة علی الملک فی الجملة و آثار الزوجیة علی الزوج کذلک من المباحات التی لا تتغیر عن إباحتها و إن کان ترتب بعض الآثار قابلا لتغیر حکمه إلی التحریم کالسکنی فیما لو اشترط إسکان البائع فیه مدة و إسکان الزوجة فی بلد اشترط أن لا- یخرج إلیه أو وطئها مع اشتراط عدم وطئها أصلا کما هو المنصوص و لکن الإنصاف أنه کلام غیر منضبط فإنه کما جاز تغیر إباحة بعض الانتفاعات کالوطئ فی النکاح و السکنی فی البیع إلی التحریم لأجل الشرط کذلک یجوز تغیر إباحة سائرها إلی الحرمة فلیس الحکم بعدم تغیر إباحة مطلق التصرف فی الملک و الاستمتاع بالزوجة لأجل الشرط إلا للإجماع أو لمجرد الاستبعاد و الثانی غیر معتد به و الأول یوجب ما تقدم من عدم الفائدة

المکاسب، ج۳، ص ۲۸۰

فی بیان هذه الضابطة مع أن هذا العنوان أعنی تحریم الحلال و تحلیل الحرام إنما وقع مستثنی فی أدلة انعقاد الیمین و ورد أنه لا یمین فی تحلیل الحرام و تحریم الحلال و قد ورد بطلان الحلف علی ترک شرب العصیر المباح دائما معللا بأنه لیس لک أن تحرم ما أحل الله و من المعلوم أن إباحة العصیر لم یثبت من الأحکام الوضعیة بل هی من الأحکام التکلیفیة الابتدائیة. و بالجملة فالفرق بین التزوج و التسری اللذین ورد عدم جواز اشتراط ترکهما معللا بأنه خلاف الکتاب الدال علی إباحتهما و بین ترک الوطی الذی ورد جواز اشتراطه- و کذا بین ترک شرب العصیر المباح الذی ورد عدم جواز الحلف علیه معللا- بأنه من تحریم الحلال و بین ترک بعض المباحات المتفق علی جواز الحلف علیه فی غایة الإشکال

[ما أفاده الفاضل النراقی فی تفسیر الشرط المحرم للحلال]

و ربما قیل فی توجیه الروایة و توضیح معناها أن معنی قوله: إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما إما أن یکون إلا شرطا حرم وجوب الوفاء به الحلال و إما أن یکون إلا شرطا حرم ذلک الشرط الحلال و الأول مخالف لظاهر العبارة مناقضته لما استشهد به الإمام ع- فی روایة منصور بن یونس المتقدمة الدالة علی وجوب الوفاء بالتزام عدم الطلاق و التزوج بل یلزم کون الکل لغوا إذ ینحصر مورد: المسلمون عند شروطهم باشتراط الواجبات و اجتناب المحرمات فیبقی الثانی و هو ظاهر الکلام فیکون معناه إلا شرطا حرم ذلک الشرط الحلال بأن یکون المشروط هو حرمة الحلال ثم قال فإن قیل إذا شرط عدم فعله فلا یرضی بفعله فیجعله حراما علیه قلنا لا نرید أن معنی الحرمة طلب الترک من المشترط بل جعله حراما ذاتیا أی مطلوب الترک شرعا و لا شک أن شرط عدم فعل بل نهی شخص عن فعل لا یجعله حراما شرعیا ثم قال فإن قیل الشرط من حیث هو مع قطع النظر عن إیجاب الشارع الوفاء لا یوجب تحلیلا و تحریما شرعا فلا یحرم و لا یحلل قلنا إن أرید أنه لا یوجب تحلیلا و لا تحریما شرعیا بحکم الشرط فهو لیس کذلک بل حکم الشرط ذلک و هذا معنی تحریم الشرط و تحلیله و علی هذا فلا إجمال فی الحدیث و لا تخصیص فی ذلک کالنذر و العهد و الیمین فإن من نذر أن لا یأکل المال المشتبه ینعقد و لو نذر أن یکون المال المشتبه حراما علیه شرعا أو یحرم ذلک علی نفسه شرعا لم ینعقد انتهی. أقول لا أفهم معنی محصلا لاشتراط حرمة الشیء أو حلیته شرعا فإن هذا أمر غیر مقدور للمشترط و لا یدخل تحت الجعل فهو داخل فی غیر المقدور و لا- معنی لاستثنائه عما یجب الوفاء به لأن هذا لا یمکن عقلا الوفاء به إذ لیس فعلا خصوصا للمشترط و کذلک الکلام فی النذر و شبهه و العجب منه قدس سره حیث لاحظ ظهور الکلام فی کون المحرم و المحلل نفس الشرط و لم یلاحظ کون الاستثناء من الأفعال التی یعقل الوفاء بالتزامها و حرمة الشیء شرعا لا یعقل فیها الوفاء و النقض. و قد مثل جماعة للصلح المحلل للحرام بالصلح علی شرب الخمر و للمحرم للحلال بالصلح علی أن لا یطأ جاریته و لا ینتفع بماله و کیف کان فالظاهر بل المتعین أن المراد بالتحلیل و التحریم المستندین إلی الشرط هو الترخیص و المنع. نعم المراد بالحلال و الحرام ما کان کذلک بحیث لا یتغیر

موضوعه بالشرط لا- ما كان حلالا لو خلى و طبعه بحيث لا ينافى عروض عنوان التحريم له لأجل الشرط. و قد ذكرنا أن المعيار فى ذلك وقوع التعارض بين دليل حلية ذلك الشىء أو حرمته و بين وجوب الوفاء بالشرط و عدم وقوعه ففى الأول يكون الشرط على تقدير صحته مغيرا للحكم الشرعى و فى الثانى يكون مغيرا لموضوعه فحاصل المراد بهذا الاستثناء فى حديثى الصلح و الشرط أنهما لا يغيران حكما شرعيا بحيث يرفع اليد عن ذلك الحكم لأجل الوفاء بالصلح و الشرط كالنذر و شبهه و أما تغييرهما لموضوع الأحكام الشرعية ففى غاية الكثرة بل هما موضوعان لذلك و قد ذكرنا أن الإشكال فى كثير من الموارد فى تميز أحد القسمين من الأحكام عن الآخر.

[ما أفاده المحقق القمى فى تفسير الشرط المذكور]

و مما ذكرنا يظهر النظر فى تفسير آخر لهذا الاستثناء يقرب من هذا التفسير الذى تكلمنا عليه ذكره المحقق القمى صاحب القوانين فى رسالته التى ألفها فى هذه المسألة فإنه بعد ما ذكر من أمثلة الشرط غير الجائز فى نفسه مع قطع النظر عن اشتراطه و التزامه شرب الخمر و الزنى و نحوهما من المحرمات و من أمثلة ما يكون التزامه و الاستمرار عليه من المحرمات فعل المرجوحات و ترك المباحات و فعل المستحبات كأن يشترط تقليم الأظفار بالسن أبدا و أن لا يلبس الخز أبدا و لا يترك النوافل فإن جعل المكروه أو المستحب واجبا و جعل المباح حراما حرام إلا برخصة شرعية حاصلة من الأسباب الشرعية كالنذر و شبهه فيما ينعقد فيه و يستفاد ذلك من كلام على ع فى رواية إسحاق بن عمار: من اشترط لامرأته شرطا فليف لها به فإن المسلمين عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما قال قدس سره فإن قلت إن الشرط كالنذر و شبهه من الأسباب الشرعية المغيرة للحكم بل الغالب فيه هو إيجاب ما ليس بواجب فإن بيع الرجل ماله أو هبته لغيره مباح و أما لو اشترط فى ضمن عقد آخر يصير واجبا فما وجه تخصيص الشرط بغير ما ذكرته من الأمثلة قلت الظاهر من تحليل الحرام و تحريم الحلال هو تأسيس القاعدة و هو تعلق الحكم بالحل أو الحرمة ببعض الأفعال على سبيل العموم من دون النظر إلى خصوصية فرد فتحريم الخمر معناه منع المكلف عن شرب جميع ما يصدق عليه هذا الكلى و كذا حلية المبيع فالتزوج و التسرى أمر كلى حلال و التزام تركه مستلزم لتحريمه و كذلك جميع أحكام الشرع من التكليفية و الوضعية و غيرها إنما يتعلق بالجزئيات باعتبار تحقق الكلى فيها فالمراد من تحليل الحرام و تحريم الحلال المنهى عنه هو أن يحدث المشترط قاعدة كلية و يبدع حكما جديدا و قد أجيز فى الشرع البناء على الشروط إلا شرطا أوجب إبداع حكم كلى جديد مثل تحريم التزوج و التسرى و إن كان بالنسبة إلى نفسه فقط و قد قال الله تعالى فَانْكِحُوا ما طابَ لَكُمْ مِنَ النِّساءِ و كجعل الخيرة فى الجماع و الطلاق بيد المرأة و قد قال الله تعالى الرِّجالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّساءِ و فيما لو اشترطت عليه أن لا تتزوج أو لا تتسرى بفلانة خاصة إشكال فما ذكر فى السؤال من وجوب البيع الخاص الذى يشترطانه فى ضمن عقد ليس مما يوجب إحداث حكم للبيع و لا تبديل حلال الشارع و حرامه و كذا لو شرط نقص الجماع عن الواجب إلى أن قال قدس سره و بالجملة اللزوم الحاصل من الشرط لما يشترطانه من الشروط الجائزة

المکاسب، ج۳، ص ۲۸۱

ليس من باب تحليل حرام أو تحريم حلال أو إيجاب جائز على سبيل القاعدة بل الذى يحصل من ملاحظة جميع موارده حكم كلى هو وجوب العمل على ما يشترطانه و هذا الحكم أيضا من جعل الشارع فقولنا العمل على مقتضى الشرط الجائز واجب حكم كلى شرعى و حصوله ليس من جانب شرطنا حتى يكون من باب تحليل الحرام و عكسه بل إنما هو صادر من الشارع انتهى كلامه رفع مقامه و للنظر فى مواضع من كلامه مجال فافهم و الله العالم.

الشرط الخامس أن لا يكون منافيا لمقتضى العقد

و إلا لم يصح لوجهين أحدهما وقوع التنافى فى العقد المقيد بهذا الشرط بين مقتضاه الذى لا يتخلف عنه و بين الشرط الملزم لعدم

تحققه فیستحیل الوفاء بهذا العقد مع تقیده بهذا الشرط فلا بد إما أن یحکم بتساقط کلیهما و إما أن یقدم جانب العقد لأنه المتبوع المقصود بالذات و الشرط تابع و علی کل تقدیر لا یصح الشرط. الثانی أن الشرط المنافی مخالف للکتاب و السنة الدالین علی عدم تخلف العقد عن مقتضاه فاشتراط تخلفه عنه مخالف للکتاب و لذا ذکر فی التذکرة أن اشتراط عدم بیع المبیع مناف لمقتضی ملکیته فیخالف قوله ص: الناس مسلطون علی أموالهم و دعوی أن العقد إنما یقتضی ذلک مع عدم اشتراط عدمه فیه لا مطلقا خروج عن محل الکلام إذ الکلام فی ما یقتضیه مطلق العقد و طبیعته الساریة فی کل فرد منه لا ما یقتضیه العقد المطلق بوصف إطلاقه و خلوه عن الشرائط و القیود حتی لا ینافی تخلفه عنه لقید یقیده و شرط یشترط فیه هذا کله مع تحقق الإجماع علی بطلان هذا الشرط فلا إشکال فی أصل الحکم و إنما الإشکال فی تشخیص آثار العقد التی لا یتخلف عن مطلق العقد فی نظرا العرف أو الشرع و تمیزها عما یقبل التخلف لخصوصیة تعتری العقد و إن اتضح ذلک فی بعض الموارد لکون الأثر کالمقوم العرفی للبیع أو غرضا أصلیا کاشتراط عدم التصرف أصلا فی المبیع و عدم الاستمتاع أصلا بالزوجة حتی النظر و نحو ذلک إلا أن الإشکال فی کثیر من المواضع خصوصا بعد ملاحظة اتفاقهم علی الجواز فی بعض المقامات و اتفاقهم علی عدمه فیما یشبهه و یصعب الفرق بینهما و إن تکلف له بعض مثلا المعروف عدم جواز المنع عن البیع و الهبة فی ضمن عقد البیع و جواز اشتراط عتقه بعد البیع بلا فصل أو وقفه حتی علی البائع و ولده کما صرح به فی التذکرة. و قد اعترف فی التحریر بأن اشتراط العتق مما ینافی مقتضی العقد و إنما جاز لبناء العتق علی التغلیب و هذا لو تم لم یجز فی الوقف خصوصا علی البائع و ولده فإنه شرط مناف کالعتق لیس مبنیا علی التغلیب. و لأجل ما ذکرنا وقع فی موارد کثیرة الخلاف و الإشکال فی أن الشرط الفلانی مخالف لمقتضی العقد أم لا.

منها اشتراط عدم البیع فإن المشهور عدم الجواز لکن العلامة فی التذکرة استشکل فی ذلک بل قوی بعض من تأخر عنه صحته. و منها ما ذکره فی الدروس فی بیع الحیوان- من جواز الشرکة فیه إذا قال الربح لنا و لا خسران علیک لصحیحة رفاعة فی الشرکة فی الجاریة قال و منعه ابن إدریس لأنه مناف لقضیة الشرکة قلنا لا نسلم أن تبعیة المال لازمة لمطلق الشرکة بل للشرکة المطلقة و الأقرب تعدی الحکم إلی غیر الجاریة من المبیعات انتهی. و منها ما اشتهر بینهم من جواز اشتراط الضمان فی العاریة و عدم جوازه فی الإجارة مستدلین بأن مقتضی عقد الإجارة عدم ضمان المستأجر فأورد علیهم المحقق الأردبیلی و تبعه جمال المحققین فی حاشیة الروضة بمنع اقتضاء مطلق العقد لذلک إنما المسلم اقتضاء العقد المطلق المجرد عن اشتراط الضمان نظیر العاریة. و منها اشتراط عدم إخراج الزوجة من بلدها فقد جوزه جماعة لعدم المانع و للنص و منعه آخرون منهم فخر الدین فی الإیضاح مستدلا بأن مقتضی العقد تسلط الرجل علی المرأة فی الاستمتاع و الإسکان و قد بالغ حتی جعل هذا قرینة علی حمل النص علی استحباب الوفاء. و منها مسألة توارث الزوجین بالعقد المنقطع من دون شرط أو معه و عدم توارثهما مع الشرط أو لا معه فإنها مبنیة علی الخلاف فی مقتضی العقد المنقطع. قال فی الإیضاح ما ملخصه بعد إسقاطه ما لا یرتبط بالمقام إنهم اختلفوا فی أن هذا العقد یقتضی التوارث أم لا و علی الأول فقیل المقتضی هو العقد المطلق من حیث هو هو فعلی هذا القول لو شرط سقوطه لبطل الشرط لأن کل ما تقتضیه الماهیة من حیث هی هی فیستحیل عدمه مع وجودها و قیل المقتضی إطلاق العقد أی العقد المجرد عن شرط نقیضه أعنی الماهیة بشرط لا شیء فیثبت الإرث ما لم یشترط سقوطه و علی الثانی قیل یثبت مع الاشتراط و یسقط مع عدمه و قیل لا یصح اشتراطه انتهی. و مرجع القولین إلی أن عدم الإرث من مقتضی إطلاق العقد أو ماهیته و اختار هو هذا القول الرابع تبعا لجده و والده قدس سرهما و استدل علیه أخیرا بما دل علی أن من حدود المتعة أن لا ترثها و لا ترثک قال فجعل نفی الإرث من مقتضی الماهیة. و لأجل صعوبة دفع ما ذکرنا من الإشکال فی تمیز مقتضیات ماهیة العقد من مقتضیات إطلاقه التجأ المحقق الثانی مع کمال تبحره فی الفقه حتی ثنی به المحقق فارجع هذا التمییز عند عدم اتضاح المنافاة و عدم الإجماع علی الصحة أو البطلان إلی نظر الفقیه فقال أولا المراد بمنافی مقتضی العقد ما یقتضی عدم ترتب الأثر الذی جعل الشارع العقد من حیث هو هو بحیث یقتضیه و رتب علیه علی أنه أثره و فائدته التی لأجلها وضع کانتقال العوضین إلی المتعاقدین و إطلاق التصرف فیهما فی البیع و ثبوت التوثق فی الرهن و المال فی ذمة الضامن بالنسبة إلی الضمان و

انتقال الحق إلی ذمة المحال علیه فی الحوالة و نحو ذلک فإذا شرط عدمها أو عدم البعض أصلا نافی مقتضی العقد ثم اعترض علی ذلک بصحة اشتراط عدم الانتفاع زمانا معینا و أجاب بکفایة جواز الانتفاع وقتا ما فی مقتضی العقد ثم اعترض بأن العقد یقتضی الانتفاع مطلقا فالمنع عن البعض مناف له ثم قال و دفع ذلک لا- یخلو عن عسر و کذا القول فی نحو خیار الحیوان مثلا فإن ثبوته مقتضی العقد فیلزم أن یکون شرط سقوطه منافیا له ثم قال و لا- یمکن أن یقال إن مقتضی العقد ما لم یجعل إلا لأجله کانتقال العوضین فإن ذلک ینافی منع اشتراط أن لا- یبیع المبیع مثلا- ثم قال و الحاسم لمادة الإشکال أن الشروط علی أقسام منها ما انعقد الإجماع علی حکمه من صحة أو فساد و منها ما وضح فیه المنافاة للمقتضی کاشتراط عدم ضمان المقبوض بالبیع أو وضح مقابله و لا کلام فیما وضح و منها

المکاسب، ج۳، ص ۲۸۲

ما لیس واحدا من النوعین فهو بحسب نظر الفقیه انتهی کلامه رفع مقامه أقول وضوح المنافاة إن کان بالعرف کاشتراط عدم الانتقال فی العوضین و عدم انتقال المال إلی ذمة الضامن و المحال علیه فلا- یتأتی معه إنشاء مفهوم العقد العرفی و إن کان بغیر العرف فمرجعه إلی الشرع من نص أو إجماع علی صحة الاشتراط و عدمه و مع عدمهما وجب الرجوع إلی دلیل اقتضاء العقد لذلک الأثر المشترط عدمه فإن دل علیه علی وجه یعارض بإطلاقه أو عمومه دلیل وجوب الوفاء به بحیث لو أوجبنا الوفاء به وجب طرح عموم ذلک الدلیل و تخصیصه حکم بفساد الشرط لمخالفته حینئذ للکتاب و السنة و إن دل علی ثبوته للعقد لو خلی و طبعه بحیث لا ینافی تغیر حکمه بالشرط حکم بصحة الشرط. و قد فهم من قوله تعالی الرِّجالُ قَوَّامُونَ عَلَی النِّساءِ أن السلطنة علی الزوجة من آثار الزوجیة التی لا تتغیر فجعل اشتراط کون الجماع بید الزوجة فی الروایة السابقة منافیا لهذا الأثر و لم یجعل اشتراط عدم الإخراج من البلد منافیا. و قد فهم الفقهاء من قوله البیعان بالخیار حتی یفترقا فإن افترقا وجب البیع عدم التنافی فأجمعوا علی صحة اشتراط سقوط الخیار الذی هو من الآثار الشرعیة للعقد و کذا علی صحة اشتراط الخیار بعد الافتراق و لو شک فی مؤدی الدلیل وجب الرجوع إلی أصالة ثبوت ذلک الأثر علی الوجه الثانی فیبقی عموم أدلة الشرط سلیما عن المخصص و قد ذکرنا هذا فی بیان معنی مخالفة الکتاب و السنة.

الشرط السادس أن لا یکون الشرط مجهولا جهالة توجب الغرر فی البیع

لأن الشرط فی الحقیقة کالجزء من العوضین کما سیجیء بیانه قال فی التذکرة و کما أن الجهالة فی العوضین مبطلة فکذا فی صفاتهما و لو أحق المبیع فلو شرطا مجهولا بطل البیع انتهی. و قد سبق ما یدل علی اعتبار تعیین الأجل المشروط فی الثمن بل لو فرضنا عدم سرایة الغرر فی البیع کفی لزومه فی أصل الشرط بناء علی أن المنفی مطلق الغرر حتی فی غیر البیع و لذا یستندون إلیه فی أبواب المعاملات حتی الوکالة فبطلان الشرط المجهول لیس لإبطاله البیع المشروط به و لذا قد یجزم ببطلان هذا الشرط مع الاستشکال فی بطلان البیع فإن العلامة فی التذکرة ذکر فی اشتراط عمل مجهول فی عقد المبیع أن فی بطلان البیع وجهین مع الجزم ببطلان الشرط لکن الإنصاف أن جهالة الشرط یستلزم فی العقد دائما مقدارا من الغرر الذی یلزم من جهالته جهالة أحد العوضین و من ذلک یظهر وجه النظر فیما ذکره العلامة فی مواضع من التذکرة من الفرق فی حمل الحیوان و بیض الدجاجة و مال العبد المجهول المقدار بین تملیکها علی وجه الشرطیة فی ضمن بیع هذه الأمور بأن یقول بعتکها علی أنها حامل أو علی أن لک حملها و بین تملیکها علی وجه الجزئیة بأن یقول بعتکها و حملها فصحح الأول لأنه تابع و أبطل الثانی لأنه جزء لکن قال فی الدروس لو جعل الحمل جزء من المبیع فالأقوی الصحة لأنه بمنزلة الاشتراط و لا یضر الجهالة لأنه تابع و قال فی باب بیع المملوک و لو اشتراه و ما له صح و لم یشترط علمه و لا- التفصی من الربا إن قلنا إنه یملک و لو أحلناه اشترطا انتهی. و المسألة محل إشکال و کلماتهم لا یکاد یعرف التیامها حیث صرحوا بأن للشرط قسطا من أحد العوضین و أن التراضی علی المعاوضة وقع منوطا به و لازمه کون الجهالة فیه قادحة و الأقوی اعتبار العلم لعموم نفی الغرر إلا- إذا عد الشرط فی العرف تابعا غیر مقصود بالبیع کبیض الدجاج و قد مر ما ینفع هذا المقام فی شروط

العوضين و سيأتى بعض الكلام فى بيع الحيوان إن شاء الله.

الشرط السابع أن لا يكون مستلزما لمحال

كما لو شرط فى البيع أن يبيعه على البائع فإن العلامة قد ذكر هنا أنه مستلزم للدور قال فى التذكرة لو باعه شيئا بشرط أن يبيعه إياه لم يصح سواء اتحد الثمن قدرا و جنسا و وصفا أو لا و إلا جاء الدور- لأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه فيدور أما لو شرط أن يبيعه على غيره فإنه يصح عندنا حيث لا منافاة فيه للكتاب و السنة لا يقال ما التزموه من الدور آت هنا لأنا نقول الفرق ظاهر لجواز أن يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولى بخلاف ما لو شرط البيع على البائع انتهى. و سيأتى تقرير الدور مع جوابه فى باب النقد و النسيئة. و قد صرح فى الدروس بأن هذا الشرط باطل لا للدور بل لعدم القصد إلى البيع و يرد عليه و على الدور النقض بما إذا اشترط البائع على المشترى أن يقف المبيع عليه و على عقبه فقد صرح فى التذكرة بجوازه و صرح بجواز اشتراط رهن المبيع على الثمن مع جريان الدور فيه.

الشرط الثامن أن يلتزم به فى متن العقد

فلو تواطئا عليه قبله لم يكف ذلك فى التزام المشروط به على المشهور بل لم يعلم فيه خلاف عدا ما يتوهم من ظاهر الخلاف و المختلف و سيأتى لأن المشروط عليه إن أنشأ إلزام الشرط على نفسه قبل العقد كان إلزاما ابتدائيا لا يجب الوفاء به قطعا و إن كان أثره مستمرا فى نفس الملزم إلى حين العقد بل إلى حين حصول الوفاء و بعده نظير بقاء أثر الطلب المنشأ فى زمان إلى حين حصول المطلوب و إن وعد بإيقاع العقد مقرونا بالتزامه فإذا ترك ذكره فى العقد فلم يحصل ملزم له. نعم يمكن أن يقال إن العقد إذا وقع مع تواطئهما على الشرط كان قيدا معنويا له فالوفاء بالعقد الخاص لا يكون إلا مع العمل بذلك الشرط و يكون العقد بدونه تجارة لا عن تراض إذا التراضى وقع مقيدا بالشرط فإنهم قد صرحوا بأن الشرط كالجزء من أحد العوضين فلا فرق بين أن يقول بعتك العبد بعشرة و شرطت لك ماله و بين تواطئهما على كون مال العبد للمشترى فقال بعتك العبد بعشرة قاصدين العشرة المقرونة بكون مال العبد للمشترى هذا مع أن الخارج من عموم: المؤمنون عند شروطهم هو ما لم يقع العقد مبنيا عليه فيعم محل الكلام و على هذا فلو تواطئا على شرط فاسد فسد العقد المبنى عليه و إن لم يذكر فيه. نعم لو نسيا الشرط المتواطأ عليه فأوقعا العقد غير بانين على الشرط بحيث يقصدان من العوض المقرون بالشرط اتجه صحة العقد و عدم لزوم الشرط هذا و لكن الظاهر من كلمات الأكثر عدم لزوم الشرط غير المذكور فى متن العقد و عدم إجراء أحكام الشرط عليه و إن وقع العقد مبنيا عليه بل فى الرياض عن بعض الأجلة حكاية الإجماع على عدم لزوم الوفاء بما يشترط لا فى عقد بعد ما ادعى هو قدس سره الإجماع على أنه لا حكم للشروط إذا كانت قبل عقد النكاح و تتبع كلماتهم فى باب البيع و النكاح يكشف عن صدق ذلك المحكى فتراهم يجوزون فى باب الربا و الصرف الاحتيال فى تحليل معاوضة أحد المتجانسين بأزيد منه ببيع الجنس بمساويه

المكاسب، ج۳، ص ۲۸۳

ثم هبة الزائد من دون أن يشترط ذلك فى العقد فإن الحلية لا تتحقق إلا بالتواطى على هبة الزائد بعد البيع و التزام الواهب بها قبل العقد مستمرا إلى ما بعده و قد صرح المحقق و العلامة فى باب المرابحة بجواز أن يبيع الشىء من غيره بثمن زائد مع قصدهما نقله بعد ذلك إلى البائع ليخبر بذلك الثمن عند بيعه مرابحة إذا لم يشترطا ذلك لفظا و معلوم أن المعاملة لأجل هذا الغرض لا يكون إلا مع التواطؤ و الالتزام بالنقل ثانيا. نعم خص فى المسالك ذلك بما إذا وثق البائع بأن المشترى ينقله إليه من دون التزام ذلك و إيقاع العقد على هذا الالتزام لكنه تقييد لإطلاق كلماتهم خصوصا مع قولهم إذا لم يشترطا لفظا. و بالجملة فظاهر عبارتى الشرائع و التذكرة أن الاشتراط و الالتزام من قصدهما و لم يذكراه لفظا لا أن النقل من قصدهما فراجع و أيضا فقد حكى عن المشهور أن عقد النكاح

المقصود فیه الأجل و المهر المعین إذا خلی عن ذکر الأجل ینقلب دائما. نعم ربما ینسب إلی الخلاف و المختلف صحۀ اشتراط عدم الخیار قبل عقد البیع لکن قد تقدم فی خیار المجلس النظر فی هذه النسبۀ إلی الخلاف بل المختلف فراجع- ثم إن هنا وجها آخر لا یخلو عن وجه و هو بطلان العقد الواقع علی هذا الشرط لأن الشرط من أرکان العقد المشروط بل عرفت أنه کالجزء من أحد العوضین فیجب ذکره فی الإیجاب و القبول کأجزاء العوضین. و قد صرح الشهید فی غایۀ المراد بوجوب ذکر الثمن فی العقد و عدم الاستغناء عنه بذکره سابقا کما إذا قال بعنی بدرهم فقال بعتک فقال المشتری قبلت و سیأتی فی حکم الشرط الفاسد کلام من المسالک إن شاء الله تعالی.

و قد یتوهم هنا شرط تاسع- و هو تنجیز الشرط بناء علی أن تعلیقه

اشارۀ

یسری إلی العقد بعد ملاحظۀ رجوع الشرط إلی جزء من أحد العوضین فإن مرجع قوله بعتک هذا بدرهم علی أن تخیط لی إن جاء زید علی وقوع المعاوضۀ بین المبیع و بین الدرهم المقرون بخیاطۀ الثوب علی تقدیر مجیء زید بل یؤدی إلی البیع بثمنین علی تقدیرین فباعه بالدرهم المجرد علی تقدیر عدم مجیء زید و بالدرهم المقرون مع خیاطۀ الثوب علی تقدیر مجیئه

[دفع هذا التوهم]

و یندفع بأن الشرط هو الخیاطۀ علی تقدیر المجیء لا الخیاطۀ المطلقۀ لیرجع التعلیق إلی أصل المعاوضۀ الخاصۀ و مجرد رجوعهما فی المعنی إلی أمر واحد لا یوجب البطلان و لذا اعترف بعضهم بأن مرجع قوله أنت وکیلی إذا جاء رأس الشهر فی أن تبیع و أنت وکیلی فی أن تبیع إذا جاء رأس الشهر إلی واحد مع الاتفاق علی صحۀ الثانی و بطلان الأول. نعم ذکره فی التذکرۀ أنه لو شرط البائع کونه أحق بالمبیع لو باعه المشتری ففیه إشکال لکن لم یعلم أن وجهه تعلیق الشرط بل ظاهر عبارۀ التذکرۀ و کثیر منهم فی بیع الخیار بشرط رد الثمن کون الشرط و هو الخیار معلقا علی رد الثمن و قد ذکرنا ذلک سابقا فی بیع الخیار.

مسألۀ فی حکم الشرط الصحیح

[أقسام الشرط]

[شرط الوصف]

و تفصیله أن الشرط إما أن یتعلق بصفۀ من صفات المبیع الشخصی- ککون العبد کاتبا و الجاریۀ حاملا و نحوهما

[شرط الفعل]

و إما أن یتعلق بفعل من أفعال أحد المتعاقدین أو غیرهما کاشتراط إعتاق العبد و- خیاطۀ الثوب

[شرط الغایۀ]

و- إما أن یتعلق بما هو من قبیل الغایۀ للفعل کاشتراط تملک عین خاصۀ و انعتاق مملوک خاص و نحوهما

و لا إشکال فی أنه لا حکم للقسم الأول إلا الخیار مع تبین فقد الوصف المشروط

إذ لا یعقل تحصیله هنا معنی لوجوب الوفاء فیه و عموم المؤمنون مختص بغیر هذا القسم

و أما الثالث

فإن أرید باشتراطه الغایة- أعنی الملکیة و الزوجیة و نحوهما اشتراط تحصیلهما بأسبابهما الشرعیة فیرجع إلی الثانی و هو اشتراط الفعل و إن أرید حصول الغایة بنفس الاشتراط فإن دل الدلیل الشرعی علی عدم تحقق تلک الغایة إلا بسببها الشرعی الخاص کالزوجیة و الطلاق و العبودیة و الانعتاق و کون المرهون مبیعا عند انقضاء الأجل و نحو ذلک کان الشرط فاسدا لمخالفته للکتاب و السنة کما أنه لو دل الدلیل علی) کفایة الشرط فیه کالوکالة و الوصایة و کون مال العبد و حمل الجاریة و ثمر الشجرة ملکا للمشتری فلا إشکال. و أما لو لم یدل دلیل علی أحد الوجهین کما لو شرط فی البیع کون مال خاص غیر تابع لأحد العوضین کالأمثلة المذکورة ملکا لأحدهما أو صدقة أو کون العبد الفلانی حرا و نحو ذلک ففی صحة هذا الشرط إشکال من أصالة عدم تحقق تلک الغایة إلا بما علم کونه سببا لها و عموم المؤمنون عند شروطهم و نحوه لا یجری هنا لعدم کون الشرط فعلا لیجب الوفاء به و من أن الوفاء لا یختص بفعل ما شرط بل یشمل ترتیب الآثار علیه نظیر الوفاء بالعهد و یشهد له تمسک الإمام ع بهذا العموم فی موارد کلها من هذا القبیل کعدم الخیار للمکاتبة التی أعانها ولد زوجها- علی أداء مال الکتابة مشترطا علیها عدم الخیار علی زوجها بعد الانعتاق مضافا إلی کفایة دلیل الوفاء بالعقود فی ذلک بعد صیرورة الشرط جزء للعقد و أما توقف الملک و شبهه علی أسباب خاصة فهی دعوی غیر مسموعة مع وجود أفراد اتفق علی صحتها کما فی حمل الجاریة و مال العبد و غیرهما و دعوی تسویغ ذلک لکونها توابع للمبیع مدفوعة لعدم صلاحیة ذلک للفرق مع أنه یظهر من بعضهم جواز اشتراط ملک حمل دابة فی بیع أخری کما یظهر من المحقق الثانی فی شرح عبارة القواعد فی شرائط العوضین و کل مجهول مقصود بالبیع لا یصح بیعه و إن انضم إلی معلوم و کیف کان فالأقوی صحة اشتراط الغایات التی لم یعلم من الشارع إناطتها بأسباب خاصة کما یصح نذر مثل هذه الغایات- بأن ینذر کون المال صدقة أو الشاة أضحیة أو کون هذا المال لزید و حینئذ فالظاهر عدم الخلاف فی وجوب الوفاء بها بمعنی ترتیب الآثار.

و إنما الخلاف و الإشکال فی القسم الثانی- و هو ما تعلق فیه الاشتراط بفعل

اشارة

و الکلام فیه یقع فی مسائل

الأولی فی وجوب الوفاء من حیث التکلیف الشرعی

ظاهر المشهور هو الوجوب لظاهر النبوی: المؤمنون عند شروطهم و العلوی: من شرط لامرأته شرطا فلیف لها به فإن المسلمین عند شروطهم إلا- شرطا حرم حلالا- أو حلل حراما و یؤکد الوجوب ما أرسل فی بعض الکتب من زیادة قوله إلا من عصی الله فی النبوی بناء علی کون الاستثناء من المشروط علیه لا من الشارط هذا کله مضافا إلی عموم وجوب الوفاء بالعقد بعد کون الشرط کالجزء من رکن العقد خلافا لظاهر الشهید فی اللمعة و ربما ینسب إلی غیره حیث قال إنه

المکاسب، ج۳، ص ۲۸۴

لا- یجب علی المشروط علیه فعل الشرط و إنما فائدته جعل العقد عرضة للزوال و وجهه مع ضعفه یظهر مما ذکره قدس سره فی تفصیله المحکی فی الروضة عنه قدس سره فی بعض تحقیقاته و هو أن الشرط الواقع فی العقد اللازم إن کان العقد کافیا فی تحققه و

لا یحتاج بعده إلی صیغۀ فهو لازم لا یجوز اختلال به کشرط الوکالۀ و إن احتاج بعده إلی أمر آخر وراء ذکره فی العقد کشرط العتق فلیس بلازم بل یقلب العقد اللازم جائزا و جعل السر فیه أن اشتراط ما العقد کاف فی تحققه کجزء من الإیجاب و القبول فهو تابع لهما فی اللزوم و الجواز و اشتراط ما سیوجد أمر منفصل عن العقد و قد علق علیه العقد و المعلق علی الممکن ممکن و هو معنی قلب اللازم جائزا انتهی. قال فی الروضۀ بعد حکایۀ هذا الکلام و الأقوی اللزوم مطلقا و إن کان تفصیله أجود مما اختاره هنا أقول ما ذکره قدس سره فی بعض تحقیقاته لا یحسن عده تفصیلا فی محل الکلام مقابلا لما اختاره فی اللمعۀ لأن الکلام فی اشتراط فعل سائغ و أنه هل یصیر واجبا علی المشروط علیه أم لا کما ذکره الشهید فی المتن فمثل اشتراط کونه وکیلا لیس إلا کاشتراط ثبوت الخیار أو عدم ثبوته له فلا یقال إنه یجب فعله أو لا یجب. نعم وجوب الوفاء بمعنی ترتیب آثار ذلک الشرط المحقق بنفس العقد مما لا خلاف فیه إذ لم یقل أحد بعدم ثبوت الخیار أو آثار اللزوم بعد اشتراطهما فی العقد. و بالجملۀ فالکلام هنا فی اشتراط فعل یوجد بعد العقد نعم کلام الشهید فی اللمعۀ أعم منه و من کل شرط لم یسلم لمشترطه و مراده تعذر الشرط و کیف کان فمثل اشتراط الوکالۀ أو الخیار و عدمه خارج عن محل الکلام إذ لا کلام و لا خلاف فی وجوب ترتب آثار الشرط علیه و لا فی عدم انفساخ العقد بعدم ترتیب الآثار و لا فی أن المشروط علیه یجبر علی ترتیب الآثار و إن شئت قلت اشتراط الوکالۀ من اشتراط الغایات لا المبادئ.

و مما ذکرنا یظهر أن تأیید القول المشهور أو الاستدلال علیه بما فی الغنیۀ من الإجماع علی لزوم الوفاء بالعقد غیر صحیح لأنه إنما ذکر ذلک فی مسألۀ اشتراط الخیار و قد عرفت خروج مثل ذلک عن محل الکلام. نعم فی التذکرۀ لو اشتری عبدا بشرط أن یعتقه المشتری صح البیع و لزم الشرط عند علمائنا أجمع ثم إن ما ذکره الشهید قدس سره من أن اشتراط ما سیوجد أمر منفصلا و قد علق علیه العقد إلخ لا یخلو عن نظر إذ حاصله أن الشرط قد علق علیه العقد فی الحقیقۀ و إن کان لا تعلیق صورۀ فحاصل قوله بعتک هذا العبد علی أن تعتقه أن الالتزام بهذه المعاوضۀ معلق علی التزامک بالعتق فإذا لم یلتزم بالإعتاق لم یجب علی المشروط له الالتزام بالمعاوضۀ. و فیه مع أن المعروف بینهم أن الشرط بمنزلۀ الجزء من أحد العوضین و أن القاعدۀ اللفظیۀ فی العقد المشروط لا یقتضی هذا المعنی أیضا و أن رجوعه إلی التعلیق علی المحتمل یوجب عدم الجزم المفسد للعقد و إن لم یکن فی صورۀ التعلیق أن لازم هذا الکلام- أعنی دعوی تعلیق العقد علی الممکن ارتفاعه من رأس عند فقد الشرط لا انقلابه جائزا.

الثانیۀ فی أنه لو قلنا بوجوب الوفاء- من حیث التکلیف الشرعی فهل یجبر علیه لو امتنع

ظاهر جماعۀ ذلک- و ظاهر التحریر خلافه- قال فی باب الشروط إن الشرط أن تعلق بمصلحۀ المتعاقدین کالأجل و الخیار و الشهادۀ و التضمین و الرهن و اشتراط صفۀ مقصودۀ کالکتابۀ جاز و لزم الوفاء ثم قال إذا باع بشرط العتق صح البیع و الشرط فإن أعتقه المشتری و إلا ففی إجباره وجهان أقربهما عدم الإجبار انتهی. و قال فی الدروس یجوز اشتراط سائغ فی العقد فیلزم الشرط فی طرف المشترط علیه فإن أخل به فللمشترط الفسخ و هل یملک إجباره علیه فیه نظر انتهی و لا معنی للزوم الشرط إلا وجوب الوفاء به و قال فی التذکرۀ فی فروع مسألۀ العبد المشترط عتقه إذا أعتقه المشتری فقد وفی بما وجب علیه إلی أن قال و إن امتنع أجبر علیه إن قلنا إنه حق لله تعالی و إن قلنا إنه حق للبائع لم یجبر کما فی شرط الرهن و الکفیل لکن یتخیر البائع فی الفسخ بعد سلامۀ ما شرط ثم ذکر للشافعی وجهین فی الإجبار و عدمه إلی أن قال و الأولی عندی الإجبار فی شرط الرهن و الکفیل لو امتنع کما لو شرط تسلیم الثمن معجلا فأهمل انتهی و یمکن أن یستظهر هذا القول أعنی الوجوب تکلیفا مع عدم جواز الإجبار من کل من استدل علی صحۀ الشرط بعموم المؤمنون مع قوله بعدم وجوب الإجبار کالشیخ فی المبسوط حیث استدل علی صحۀ اشتراط عتق العبد المبیع بقوله ع: المؤمنون عند شروطهم ثم ذکر أن فی إجباره علی الإعتاق لو امتنع قولین الوجوب لأن عتقه قد استحق بالشرط و عدم الوجوب و إنما یجعل له الخیار ثم قال و الأقوی هو الثانی انتهی. فإن ظهور النبوی فی الوجوب من حیث نفسه و من جهۀ القرائن المتصلۀ و المنفصلۀ مما لا مساغ لإنکاره بل الاستدلال به علی صحۀ الشرط عند الشیخ و من تبعه فی عدم إفساد الشرط الفاسد یتوقف ظاهرا علی إرادۀ

الوجوب منه إذ لا- تنافى بين استحباب الوفاء بالشرط و فساده فلا يدل استحباب الوفاء بالعتق المشروط فى البيع على صحته ثم إن الصيمرى فى غاية المرام قال لا خلاف بين علمائنا فى جواز اشتراط العتق لأنه غير مخالف للكتاب و السنة فيجب الوفاء به و قال هل يكون حقا لله تعالى أو للعبد أو للبائع يحتمل الأول إلى أن قال و يحتمل الثالث هو مذهب العلامة فى القواعد و التحرير لأنه استقرب فيهما عدم إجبار المشترى على العتق و هو يدل على أنه حق للبائع و على القول بأنه حق لله يكون المطالبة للحاكم و يجبره مع الامتناع و لا يسقط بإسقاط البائع و على القول بكونه للبائع تكون المطالبة له و يسقط بإسقاطه و لا يجبر المشترى و مع الامتناع يتخير المشترط بين الإمضاء و الفسخ و على القول بأنه للعبد يكون هو المطالب بالعتق و مع الامتناع يرافعه إلى الحاكم ليجبره على ذلك و كسبه قبل العتق للمشترى على جميع التقادير انتهى و ظاهر استكشافه مذهب العلامة قدس سره عن حكمه بعدم الإجبار أن كل شرط يكون حقا مختصا للمشترط لا- كلام و لا- خلاف فى عدم الإجبار عليه و هو ظاهر أول الكلام السابق فى التذكرة لكن قد عرفت قوله أخيرا و الأولى أن له إجباره عليه و إن قلنا إنه حق للبائع و ما أبعد ما بين ما ذكره الصيمرى و ما ذكره فى جامع المقاصد و المسالك- من أنه إذا قلنا بوجوب الوفاء فلا- كلام فى ثبوت الإجبار حيث قال و اعلم أن فى إجبار المشترى على الإعتاق وجهين أحدهما العدم لأن للبائع طريقا آخر للتخلص و هو الفسخ و الثانى له ذلك لظاهر

المكاسب، ج۳، ص ۲۸۵

قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ و المؤمنون عند شروطهم إلا من عصى الله و هو الأوجه انتهى و فى المسالك جعل أحد القولين ثبوت الخيار و عدم وجوب الوفاء مستدلا له بأصالة عدم وجوب الوفاء و القول الآخر وجوب الوفاء بالشرط و استدل له بعموم الأمر بالوفاء بالعقد و المؤمنون عند شروطهم إلا- من عصى الله و ظاهره وحدة الخلاف فى مسألتى وجوب الوفاء و التسلط على الإجبار كما أن ظاهر الصيمرى الاتفاق على وجوب الوفاء بل و على عدم الإجبار فيما كان حقا مختصا للبائع و الأظهر فى كلمات الأصحاب وجود الخلاف فى المسألتين و كيف كان فالأقوى ما اختاره جماعة من أن للمشروط له إجبار المشروط عليه لعموم وجوب الوفاء بالعقد و الشرط فإن العمل بالشرط ليس إلا كتسليم العوضين فإن المشروط له قد ملك الشرط على المشروط عليه بمقتضى العقد المقرون بالشرط فيجبر على تسليمه- و ما فى جامع المقاصد من توجيه عدم الإجبار بأن له طريقا إلى التخلص بالفسخ ضعيف فى الغاية فإن الخيار إنما شرع بعد تعذر الإجبار دفعا للضرر و قد يتوهم أن ظاهر الشرط هو فعل الشيء اختيارا فإذا امتنع المشروط عليه فقد تعذر الشرط و حضور الفعل منه كرها غير ما اشترط عليه فلا ينفع فى الوفاء بالشرط و يندفع بأن المشروط هو نفس الفعل مع قطع النظر عن الاختيار و الإجبار و إنما يعرض له من حيث إنه فعل واجب عليه فإذا أجبر فقد أجبر على نفس الواجب نعم لو صرح باشتراط صدور الفعل عنه اختيارا و عن رضا منه لم ينفع إجباره فى حصول الشرط

الثالثة فى أنه هل للمشروط له الفسخ مع التمكن من الإجبار

فيكون مخيرا بينهما أم لا- يجوز له الفسخ إلا مع تعذر الإجبار ظاهر الروضة و غير واحد هو الثانى و صريح موضع من التذكرة هو الأول قال لو باعه شيئا بشرط أن يبيعه آخر أو يقرضه بعد شهر أو فى الحال لزمه الوفاء بالشرط فإن أخل به لم يبطل البيع لكن يتخير المشترط بين فسخه للبيع و بين إلزامه بما شرط انتهى و لا نعرف مستندا للخيار مع التمكن من الإجبار لما عرفت من أن مقتضى العقد المشروط هو العمل على طبق الشرط اختيارا أو قهرا إلا- أن يقال إن العمل بالشرط حق لازم على المشروط عليه يجبر عليه إذا بنى المشروط له على الوفاء بالعقد و أما إذا أراد الفسخ لامتناع المشروط عليه عن الوفاء بالعقد على الوجه الذى وقع عليه فله ذلك فيكون ذلك بمنزلة تقايل من الطرفين عن تراض منهما و هذا الكلام لا يجرى مع امتناع أحدهما عن تسليم أحد العوضين ليجوز للآخر فسخ العقد لأن كلا- منهما قد ملك ما فى يد الآخر و لا يخرج عن ملكه بعدم تسليم صاحبه فيجبران على ذلك بخلاف الشرط فإن المشروط حيث فرض فعلا كالاعتاق فعلا معنى لتملكه فإذا امتنع المشروط عليه عند فقد نقض العقد فيجوز للمشروط له أيضا نقضه

فتأمل ثم على عدم المختار من عدم الخيار إلا مع تعذر الإجبار لو كان الشرط من قبيل الإنشاء القابل للنيابة فهل يوقعه الحاكم عنه إذا فرض تعذر إجباره الظاهر ذلك لعموم ولاية السلطان على الممتنع فيندفع ضرر المشروط له بذلك الرابعة لو تعذر الشرط فليس للمشترط إلا الخيار

لعدم دليل على الأرش- فإن الشرط فى حكم القيد لا يقابل بالمال بل المقابلة عرفا و شرعا إنما هى بين المالين و التقييد أمر معنوى لا يعد مالا و إن كانت مالية المال تزيد و تنقص بوجوده و عدمه و ثبوت الأرش فى العيب لأجل النص و ظاهر العلامة ثبوت الأرش- إذا اشترط عتق العبد فمات العبد قبل العتق و تبعه الصيمرى فيما إذا اشترط تدبير العبد قال فإن امتنع من تدبيره تخير البائع بين الفسخ و استرجاع العبد و بين الإمضاء فيرجع بالتفاوت بين قيمته لو بيع مطلقا و قيمته بشرط التدبير انتهى و مراده بالتفاوت مقدار جزء من الثمن نسبته إليه كنسبة التفاوت إلى القيمة لإتمام التفاوت لأن للشرط قسطا من الثمن فهو مضمون به لا بتمام قيمته كما نص عليه فى التذكرة و ضعف فى الدروس قول العلامة بما ذكرنا من أن الثمن لا يقسط على الشروط و أضعف منه ثبوت الأرش بمجرد امتناع المشترى عن الوفاء بالشرط و إن لم يتعذر كما عن الصيمرى و لو كان الشرط عملا- من المشروط عليه يعد مالا- و يقابل بالمال كخياطة الثوب فتعذر ففى استحقاق المشروط له لأجرته و مجرد ثبوت خيار له وجهان قال فى التذكرة لو شرط على البائع عملا سائغا تخير المشترى بين الفسخ و المطالبة به أو بعوضه إن فات وقته و كان مما يتقوم كما لو شرط تسليم الثوب مصبوغا فأتاه به غير مصبوغ و تلف فى يد المشترى و لو لم يكن مما يتقوم تخير بين الفسخ و الإمضاء مجانا انتهى و قال أيضا لو كان الشرط على المشترى مثل أن باعه داره بشرط أن يصبغ له ثوبه فتلف الثوب تخير البائع بين الفسخ و الإمضاء بقيمة الفائت إن كان مما له قيمة و إلا مجانا انتهى و الظاهر أن مراده بما يتقوم فى نفسه سواء كان عملا محضا كالخياطة أو عينا كمال العبد المشترط معه أو عينا و عملا كالصبغ لا ماله مدخل فى قيمة العوض إذ كل شرط كذلك و ما ذكره قدس سره لا يخلو عن وجه و إن كان مقتضى المعاوضة بين العوضين بأنفسهما كون الشرط مطلقا قيدا غير مقابل بالمال فإن المبيع هو الثوب المخيط و العبد المصاحب للمال لا الثوب و الخياطة و العبد و ماله و لذا لا يشترط قبض ما بإزاء المال من النقدين فى المجلس لو كان من أحدهما و سيجىء فى المسألة السابعة المعاملة مع بعض الشروط معاملة الأجزاء.

الخامسة لو تعذر الشرط

و قد خرج العين عن سلطنة المشروط عليه- بتلف أو بنقل أو رهن أو استيلاد فالظاهر عدم منع ذلك عن الفسخ فإذا فسخ ففى رجوعه عليه بالقيمة أو بالعين مع بقائها بفسخ العقد الواقع عليه من حينه أو من أصله وجوه يأتى فى أحكام الخيار- و يأتى أن الأقوى الرجوع بالبدل جمعا بين الأدلة هذا كله مع صحة العقد الواقع بأن لا يكون منافيا للوفاء بالشرط و أما لو كان منافيا كبيع ما اشترط وقفه على البائع ففى صحته مطلقا أو مع إذن المشروط له- أو إجازته أو بطلانه وجوه خيرها أوسطها فلو باع بدون إذنه كان للمشروط له فسخه و إلزامه بالوفاء بالشرط. نعم لو لم نقل بإجبار المشروط عليه فالظاهر صحة العقد الثانى فإذا فسخ المشروط له ففى انفساخ العقد من حينه أو من أصله أو الرجوع بالقيمة وجوه رابعها التفصيل بين التصرف بالعتق فلا يبطل لبنائه على التغليب فيرجع بالقيمة و بين غيره فيبطل اختاره فى التذكرة و الروضة قال فى فروع مسألة العبد المشترط عتقه بعد ما ذكر أن إطلاق

المكاسب، ج۳، ص ۲۸۶

اشتراط العتق يقتضى عتقه مجانا فلو أعتقه بشرط الخدمة مدة تخير المشروط له بين الإمضاء و الفسخ فيرجع بقيمة العبد قال بعد ذلك و لو باعه المشترى أو وقفه أو كاتبه تخير البائع بين الفسخ و الإمضاء فإن فسخ بطلت هذه العقود لوقوعها فى غير ملك تام و تخالف هذه العتق بشرط الخدمة لأن العتق مبنى على التغليب فلا سبيل إلى فسخه و هل له إمضاء البيع مع طلب فسخ ما نقله المشترى فيه احتمال انتهى و مثله ما فى الروضة. و قال فى الدروس فى العبد المشروط عتقه و لو أخرجه عن ملكه ببيع أوهبه أو وقف فللبائع فسخ

ذلک کله انتهى و ظاهره ما اخترناه و يحتمل ضعيفا غيره. و فی جامع المقاصد الذی ينبغی أن المشتری ممنوع من کل تصرف ينافی العتق المشترط ثم إن هـذا الخيار کما لا يسقط بتلف العين کـذلک لا يسقط بالتصرف فيها کما نبه عليه فی المسالک فی أول خيار العيب فيما لو اشترط الصحة على البائع. نعم إذا دل التصرف على الالتزام بالعقد لزم العقد و سقط الخيار نظير خيار المجلس و الحيوان بناء على ما استفيد من بعض أخبار خيار الحيوان المشتمل على سقوط خياره بالتصرف معللا- بحصول الرضا بالعقد و أما مطلق التصرف فلا.

السادسة للمشروط له إسقاط شرطه

إذا كان مما يقبل الإسقاط- لا- مثل اشتراط مال العبد أو حمل الدابة لعموم ما تقدم فی إسقاط الخيار و غيره من الحقوق- و قد يستثنى من ذلک ما کان حقا لغير المشروط له کالعتق فإن المصرح به فی کلام جماعة کالعلامة و ولده و الشهيدين و غيرهم عدم سقوطه بإسقاط المشروط له قال فی التذكرة الأقوى عندی أن العتق المشروط اجتمع فيه حقوق- حق لله و حق للبائع و حق للعبد ثم استقرب بناء على ما ذكره مطالبة العبد بالعتق لو امتنع المشتری. و فی الإيضاح الأقوى أنه حق للبائع و لله تعالى فلا يسقط بالإسقاط انتهى و فی الدروس لو أسقط البائع الشرط جاز إلا العتق لتعلق حق العبد و حق الله تعالى به انتهى. و فی جامع المقاصد أن التحقيق أن العتق فيه معنى القربة و العبادة و هو حق الله تعالى و زوال الحجر و هو حق للعبد و فوات المالية على الوجه المخصوص للقربة و هو حق للبائع انتهى. أقول أما كونه حقا للبائع من حيث تعلق غرضه بوقوع هذا الأمر المطلوب للشارع فهو واضح و أما كونه حقا للعبد فإن أريد به مجرد انتفاعه بذلک فهذا لا يقتضی سلطنة له على المشتری بل هو متفرع على حق البائع دائر معه وجودا و عدما و إن أريد ثبوت حق على المشتری يوجب السلطنة على المطالبة فلا- دليل عليه و دليل الوفاء لا يوجب إلا ثبوت الحق للبائع و بالجملة فاشتراط عتق العبد ليس إلا کاشتراط أن يبيع المبيع من زيد بأدون من ثمن المثل أو يتصدق به عليه و لم يذكر أحد أن لزيد المطالبة. و مما ذكر يظهر الكلام فی ثبوت حق الله تعالى فإنه إن أريد به مجرد وجوبه عليه لأنه وفاء بما شرط العباد بعضهم لبعض فهذا جار فی کل شرط و لا ينافی ذلک سقوط الشروط بالإسقاط و إن أريد ما عدا ذلک من حيث کون العتق مطلوبا لله كما ذكره جامع المقاصد ففيه أن مجرد المطلوبية إذا لم يبلغ حد الوجوب لا- يوجب الحق لله على وجه يلزم به الحاكم و لا وجوب هنا من غير جهة وجوب الوفاء بشروط العباد و القيام بحقوقهم و قد عرفت أن المطلوب غير هذا فافهم

السابعة قد عرفت أن الشرط من حيث هو شرط لا يقسط عليه الثمن – عند انكشاف التخلف على المشهور

اشارة

لعدم الدليل عليه بعد عدم دلالة العقد عرفا على مقابلة أحد العوضين إلا بالآخر و الشرع لم يزد على ذلک إذ أمره بالوفاء بذلک المدلول العرفی فتخلف الشرط لا يقدح فی تملک کل منهما لتمام العوضين هذا و لكن قد يكون الشرط تضمن المبيع لما هو جزء له حقيقة بأن يشتری مرکبا و يشترط كونه كذا و كذا جزء کأن يقول بعتک هذا الأرض أو الثوب أو الصبرة على أن يكون كذا ذراعا أو صاعا فقد جعل الشرط تركبه من أجزاء معينة فهل يلاحظ حينئذ جانب القيدية و يقال إن المبيع هو العين الشخصية المتصفة بوصف كونه كذا جزء فالمتخلف هو قيد من قيود العين کالكتابة و نحوها فی العبد لا يوجب فواتها إلا خيارا بين الفسخ و الإمضاء بتمام الثمن أو يلاحظ جانب الجزئية فإن المذكور و إن کان بصورة القيد إلا أن منشأ انتزاعه هو وجود الجزء الزائد و عدمه فالمبيع فی الحقيقة هو كذا و كذا جزء إلا- أنه عبر عنه بهذه العبارة كما لو أخبر بوزن المبيع المعين فباعه اعتمادا على إخباره فإن وقوع البيع على العين الشخصية لا يوجب عدم تقسيط الثمن على الفائت و بالجملة فالفائت عرفا و فی الحقيقة هو الجزء و إن کان بصورة الشرط فلا يجری فيه ما مر من عدم التقابل إلا بين نفس العوضين و لأجل ما ذكرنا وقع الخلاف فيما لو باعه أرضا على أنها جربان معينة أو صبره على

أنها أصوع معينة

[لو باع شيئا على أنه قدر معين فتبين الاختلاف]

اشارة

و تفصيل ذلك العنوان الذى ذكره فى التذكرة بقوله لو باع شيئا و شرط فيه قدرا معينا فتبين الاختلاف من حيث الكم فأقسامه أربعة لأنه إما أن يكون مختلف الأجزاء أو متفقها و على التقديرين فإما أن يزيد و إما أن ينقص

فالأول تبين النقص فى متساوى الأجزاء

و لا إشكال فى الخيار و إنما الإشكال و الخلاف فى أن له الإمضاء بحصة من الثمن أو ليس له الإمضاء إلا بتمام الثمن فالمشهور كما عن غاية المرام هو الأول. و قد حكى عن المبسوط و الشرائع و جملة من كتب العلامة و الدروس و التنقيح و الروضة و ظاهر السرائر و إيضاح النافع حيث اختارا ذلك فى مختلف الأجزاء فيكون كذلك فى متساوى الأجزاء بطريق أولى و يظهر من استدلال بعضهم على الحكم فى مختلف الأجزاء كونه فى متساوى الأجزاء مفروغا عنه. و عن مجمع البرهان أنه ظاهر القوانين الشرعية و وجهه مضافا إلى فحوى الرواية الآتية فى القسم الثانى ما أشرنا إليه من أن كون المبيع الشخصى بذلك المقدار و إن كان بصورة الشرط إلا أن مرجعه إلى كون المبيع هذا القدر كما لو كالا طعاما فاشتراه فتبين الغلط فى الكيل و لا يرتاب أهل العرف فى مقابلة الثمن لمجموع المقدار المعين المشترط هنا خلافا لصريح القواعد و محكى الإيضاح و قواه فى محكى حواشى الشهيد و الميسية و الكفاية و استوجهه فى المسالك و يظهر من جامع المقاصد أيضا لأن المبيع هو الموجود الخارجى كائنا ما كان غاية الأمر أنه التزم أن يكون بمقدار معين و هو وصف غير موجود فى المبيع فأوجب الخيار كالكتابة المفقودة فى العبد و ليس مقابل الثمن نفس ذلك المقدار إلا أنه غير موجود فى الخارج مع

المكاسب، ج۳، ص ۲۸۷

أن مقتضى تعارض الإشارة و الوصف غالبا ترجيح الإشارة عرفا فإرجاع قوله بعتك هذه الصبرة على أنها عشرة أصوع إلى قوله بعتك عشرة أصوع موجودة فى هذا المكان تكلف و الجواب أن كونه من قبيل الشرط مسلم إلا أن الكبرى و هى أن كل شرط لا يوزع عليه الثمن ممنوعة لأن المستند فى عدم التوزيع عدم المقابلة عرفا و العرف حاكم فى هذا الشرط بالمقابلة فتأمل.

الثانى تبين النقص فى مختلف الأجزاء

و الأقوى فيه ما ذكر من التقسيط مع الإمضاء وفاقا للأكثر لما ذكر سابقا من قضاء العرف بكون ما انتزع منه الشرط جزء من المبيع مضافا إلى خبر ابن حنظلة: رجل باع أرضا على أنها عشرة أجربة فاشترى المشترى منه بحدوده و نقد الثمن و أوقع صفقة البيع و افترقا فلما مسح الأرض فإذا هى خمسة أجربة قال فإن شاء استرجع فضل ماله و أخذ الأرض و إن شاء رد المبيع و أخذ المال كله إلا أن يكون له إلى جنب تلك الأرض أرضون فليوفه و يكون البيع لازما فإن لم يكن له فى ذلك المكان غير الذى باع فإن شاء المشترى أخذ الأرض و استرجع فضل ماله و إن شاء رد الأرض و أخذ المال كله الخبر. و لا بأس باشتماله على حكم مخالف للقواعد لأن غاية الأمر على فرض عدم إمكان إرجاعه إليها و مخالفة ظاهرة للإجماع طرح ذيله غير المسقط لصدره عن الاحتجاج خلافا للمحكى عن المبسوط و جميع من قال فى الصورة الأولى بعدم التقسيط لما ذكر هناك من كون المبيع عينا خارجيا لا يزيد و لا ينقص لوجود الشرط و عدمه و الشرط التزام من البائع بكون تلك العين بذلك المقدار كما لو اشترط حمل الدابة أو مال العبد فتبين عدمهما و زاد

بعض هؤلاء ما فرق به فی المبسوط بین الصورتین بأن الفائت هنا لا یعلم قسطه من الثمن لأن المبیع مختلف الأجزاء فلا یمکن قسمته علی عدد الجریان. و فیه أن عدم معلومیهٔ قسطه لا یوجب عدم استحقاق المشتری ما یستحقه علی تقدیر العلم فیمکن التخلص بصلح أو نحوه إلا أن یدعی استلزام ذلک جهالهٔ ثمن المبیع فی ابتداء العقد مع عدم إمکان العلم به عند الحاجهٔ إلی التقسیط و فیه منع عدم المعلومیهٔ لأن الفائت صفهٔ کون هذه الأرض المعینهٔ المشخصهٔ عشرهٔ أجربهٔ و یحصل فرضه و إن کان المفروض مستحیل الوقوع بتضاعف کل جزء من الأرض لأنه معنی فرض نفس الخمسهٔ عشرهٔ و فرضه أیضا بصیرورهٔ ثلاثهٔ منها ثمانیهٔ أو أربعهٔ تسعهٔ أو واحد ستهٔ أو غیر ذلک و إن کان ممکنا إلا أنه لا ینفع مع فرض تساوی قطاع الأرض و مع اختلافها فظاهر التزام کونها عشرهٔ مع رؤیهٔ قطاعها المختلفهٔ أو وصفها له یقضی بلزوم کون کل جزء منها مضاعفا علی ما هو علیه من الصفات المرئیهٔ أو الموصوفهٔ ثم إن المحکی عن الشیخ العمل بذیل الروایهٔ المذکورهٔ و نفی عنه البعد فی التذکرهٔ معللا بأن القطعهٔ المجاورهٔ للمبیع أقرب إلی المثل من الأرش.

و فیه مع منع کون نحو الأرض مثلیا أن الفائت لم یقع المعاوضهٔ علیه فی ابتداء العقد و قسطه من الثمن باق فی ملک المشتری و لیس مضمونا علی البائع حتی یقدم مثله علی قیمته و أما الشیخ قدس سره فالظاهر استناده فی ذلک إلی الروایهٔ.

الثالث أن یتبین الزیادهٔ عما شرط علی البائع

فإن دلت القرینهٔ علی أن المراد اشتراط بلوغه بهذا المقدار لا بشرط عدم الزیادهٔ فالظاهر أن الکل للمشتری و لا خیار و إن أرید ظاهره و هو کونه شرطا للبائع من حیث عدم الزیادهٔ و علیه من حیث عدم النقیصهٔ ففی کون الزیادهٔ للبائع و تخیر المشتری للشرکهٔ أو تخیر البائع بین الفسخ و الإجازهٔ لمجموع الشیء بالثمن وجهان من أن مقتضی ما تقدم من أن اشتراط بلوغ المقدار المعین بمنزلهٔ تعلق البیع به فهو شرط صورهٔ و له حکم الجزء عرفا أن اشتراط عدم الزیادهٔ علی المقدار هنا بمنزلهٔ الاستثناء و إخراج الزائد عن المبیع و من الفرق بینهما بأن اشتراط عدم الزیادهٔ شرط عرفا و لیس بمنزلهٔ الاستثناء فتخلفه لا یوجب إلا الخیار و لعل هذا أظهر مضافا إلی إمکان الفرق بین الزیادهٔ و النقیصهٔ مع اشتراکهما فی کون مقتضی القاعدهٔ فیها کونهما من تخلف الوصف لا نقص الجزء أو زیادته بورود النص المتقدم فی النقیصهٔ و نبقی الزیادهٔ علی مقتضی الضابطهٔ و لذا اختار الاحتمال الثانی بعض من قال بالتقسیط فی أطراف النقیصهٔ. و قد یحکی عن المبسوط القول بالبطلان هنا لأن البائع لم یقصد بیع الزائد و المشتری لم یقصد شراء البعض و فیه تأمل.

الرابع أن یتبین فی مختلف الأجزاء

و حکمه یعلم مما ذکرنا

القول فی حکم الشرط الفاسد

اشارهٔ

الکلام فیه یقع فی أمور-

الأول أن الشرط الفاسد لا تأمل فی عدم وجوب الوفاء به بل هو داخل فی الوعید

اشارهٔ

فإن کان العمل به مشروعا استحب الوفاء به علی القول بعدم فساد أصل العقد و تأمل أیضا فی أن الشرط الفاسد لأجل الجهالة یفسد العقد لرجوع الجهالة فیه إلی جهالة أحد العوضین فیکون البیع غررا و کذا لو کان الاشتراط موجبا لمحذور آخر فی أصل البیع کاشتراط بیع المبیع من البائع ثانیا لأنه موجب للدور أو لعدم القصد إلی البیع الأول أو للتعبد من أجل الإجماع أو النص و کاشتراط جعل الخشب المبیع صنما لأن المعاملة علی هذا الوجه أکل للمال بالباطل و لبعض الأخبار

[هل الشرط الفاسد لغیر إخلاله بالعقد مفسد للعقد]

اشارة

و إنما الإشکال فیما کان فساده لا لأمر مخل بالعقد فهل یکون مجرد فساد الشرط موجبا لفساد العقد أم یبقی العقد علی الصحة قولان حکی أولهما عن الشیخ و الإسکافی و ابن البراج و ابن سعید و ثانیهما للعلامة و الشهیدین و المحقق الثانی و جماعة ممن تبعهم. و ظاهر ابن زهرة فی الغنیة التفصیل بین الشرط غیر المقدور کصیرورة الزرع سنبلا و البسر تمرا و بین غیره من الشروط الفاسدة فادعی فی الأول عدم الخلاف فی الفساد و الإفساد و مقتضی التأمل فی کلامه أن الوجه فی ذلک صیرورة المبیع غیر مقدور علی تسلیمه و لو صح ما ذکره من الوجه خرج هذا القسم من الفاسد عن محل الخلاف لرجوعه کالشرط المجهول إلی ما یوجب اختلال بعض شروط العوضین لکن صریح العلامة فی التذکرة وقوع الخلاف فی الشرط غیر المقدور و مثل بالمثالین المذکورین و نسب القول بصحة العقد إلی بعض علمائنا و الحق أن الشرط غیر المقدور من حیث هو غیر مقدور لا یوجب تعذر التسلیم فی أحد العوضین. نعم لو أوجبه فهو خارج عن محل النزاع کالشرط المجهول حیث یوجب کون المشروط بیع الغرر و ربما ینسب إلی ابن المتوج البحرانی التفصیل بین الفاسد لأجل عدم تعلق غرض مقصود

المکاسب، ج۳، ص ۲۸۸

للعقلاء به فلا یوجب فساد العقد کأکل طعام بعینه أو لبس ثوب کذلک و بین غیره. و قد تقدم فی اشتراط کون الشرط مما یتعلق به غرض مقصود للعقلاء عن التذکرة و غیرها أن هذا الشرط لغو لا یؤثر الخیار و الخلاف فی أن اشتراط الکفر صحیح أم لا و عدم الخلاف ظاهرا فی لغویة اشتراط کیل المسلم فیه بمکیال شخصی معین و ظاهر ذلک کله التسالم علی صحة العقد و لو مع لغویة الشرط و یؤید الاتفاق علی عدم الفساد استدلال القائلین بالإفساد بأن للشرط قسطا من الثمن فیصیر الثمن مع فساد الشرط مجهولا. نعم استدلالهم الآخر علی الإفساد بعدم التراضی مع انتفاء الشرط ربما یؤید عموم محل الکلام لهذا الشرط إلا أن الشهیدین ممن استدل بهذا الوجه و صرح بلغویة اشتراط الکفر و الجهل بالعبادات بحیث یظهر منه صحة العقد فراجع و کیف کان

فالقول بالصحة فی أصل المسألة لا یخلو عن قوة

وفاقا لمن تقدم لعموم الأدلة السالم عن معارضة ما یخصصه

[أدلة القائلین بالإفساد]

اشارة

عدا وجوه

أحدها ما ذکره فی المبسوط للمانعین من أن للشرط قسطا من العوض مجهولا

فإذا سقط لفساده صار العوض مجهولا و فيه بعد النقض بالشرط الفاسد فى النكاح الذى يكون بمنزلة جزء من الصداق فيجب على هذا سقوط المسمى و الرجوع إلى مهر المثل أولا منع مقابلة الشرط بشىء من العوضين عرفا و لا شرعا لأن مدلول العقد هو وقوع المعاوضة بين الثمن و المثمن غاية الأمر كون الشرط قيدا لأحدهما يكون له دخل فى زيادة العوض و نقصانه و الشرط لم يحكم على هذا العقد إلا بإمضائه على النحو الواقع عليه فلا يقابل الشرط بجزء من العوضين و لذا لم يكن فى فقده إلا الخيار بين الفسخ و الإمضاء مجانا كما عرفت. و ثانيا منع جهالة ما بإزاء الشرط من العوض إذ ليس العوض المنضم إلى الشرط و المجرد عنه إلا كالمتصف بوصف الصحة و المجرد عنه فى كون التفاوت بينهما مضبوطا فى العرف و لذا حكم العلامة فيما تقدم بوجوب الأرش لو لم يتحقق العتق المشروط فى صحة بيع المملوك و بلزوم قيمة الصبغ المشروط فى بيع الثوب. و ثالثا منع كون الجهالة الطارئة على العوض قادحة إنما القادح به هو الجهل به عند إنشاء العقد.

الثانى أن التراضى إنما وقع على العقد الواقع على النحو الخاص

فإذا تعذر الخصوصية لم يبق التراضى لانتفاء المقيد بانتفاء القيد و عدم بقاء الجنس مع ارتفاع الفصل فالمعاوضة بين الثمن و المثمن بدون الشرط معاوضة أخرى محتاجة إلى تراض جديد و إنشاء جديد و بدونه يكون التصرف أكلا للمال لا عن تراض. و فيه منع كون ارتباط الشرط بالعقد على وجه يحوج انتفاؤه إلى معاوضة جديدة عن تراض جديد و مجرد الارتباط لا يقتضى ذلك كما إذا تبين نقص أحد العوضين أو انكشف فقد بعض الصفات المأخوذة فى البيع كالكتابة و الصحة و كالشروط الفاسدة فى عقد النكاح فإنه لا خلاف نصا و فتوى فى عدم فساد النكاح بمجرد فساد شرطه المأخوذ فيه. و قد تقدم أن ظاهرهم فى الشرط غير المقصود للعقلاء فى السلم و غيره عدم فساد العقد به و تقدم أيضا أن ظاهرهم أن الشرط غير المذكور فى العقد لا حكم له صحيحا كان أو فاسدا و دعوى أن الأصل فى الارتباط هو انتفاء الشىء بانتفاء ما ارتبط به و مجرد عدم الانتفاء فى بعض الموارد لأجل الدليل لا يوجب التعدى مدفوعة بأن المقصود من بيان الأمثلة أنه لا يستحيل التفكيك بين الشرط و العقد و أنه ليس التصرف المترتب على العقد بعد انتفاء ما ارتبط به فى الموارد المذكورة تصرفا لا عن تراض جوزه الشارع تعبدا و قهرا على المتعاقدين فما هو التوجيه فى هذه الأمثلة هو التوجيه فيما نحن فيه و لذا اعترف فى جامع المقاصد بأن فى الفرق بين الشرط الفاسد و الجزء الفاسد عسرا. و الحاصل أنه يكفى للمستدل بالعمومات منع كون الارتباط مقتضيا لكون العقد بدون الشرط تجارة لا عن تراض مستندا إلى النقض بهذه الموارد و حل ذلك أن القيود المأخوذة فى المطلوبات العرفية و الشرعية منها ما هو ركن المطلوب ككون المبيع حيوانا ناطقا لا ناهقا و كون مطلوب المولى إتيان تتن الشطب لا الأصفر الصالح للنار جيل و مطلوب الشارع الغسل بالماء للزيارة لأجل التنظيف فإن العرف يحكم فى هذه الأمثلة بانتفاء المطلوب لانتفاء هذه القيود فلا يقوم الحمار مقام العبد و لا الأصفر مقام التتن و لا التيمم مقام الغسل. و منها ما ليس كذلك ككون العبد صحيحا و التتن جيدا و الغسل بماء الفرات فإن العرف يحكم فى هذه الموارد بكون الفاقد نفس المطلوب و الظاهر أن الشرط من هذا القبيل لا من قبيل الأول فلا يعد التصرف الناشئ عن العقد بعد فساد الشرط تصرفا عن تراض. نعم غاية الأمر أن فوات القيد هنا موجب للخيار لو كان المشروط له جاهلا بالفساد نظير فوات الجزء و الشرط الصحيحين و لا مانع من التزامه و إن لم يظهر منه أثر فى كلام القائلين بهذا القول

الثالث [الاستدلال بالروايات]

رواية عبد الملك ابن عتبة عن الرضا ع: عن الرجل ابتاع منه طعاما أو متاعا على أن ليس منه على وضيعة هل يستقيم هذا و كيف هنا و ما حد ذلك قال لا ينبغى و الظاهر أن المراد الحرمة لا الكراهة كما فى المختلف إذ مع صحة العقد لا وجه لكراهة الوفاء بالوعد و رواية الحسين ابن المنذر قال: قلت لأبى عبد الله ع الرجل يجيئنى فيطلب منى العينة فأشترى المتاع لأجله ثم أبيعه إياه ثم أشتريه منه

مكانى قال فقال إذا كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع و كنت أنت أيضا بالخيار إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتر فلا بأس قال فقلت إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد و يقولون إنه إن جاء به بعد أشهر صح قال إنما هذا تقديم و تأخير لا بأس فإن مفهومه ثبوت البأس إذا لم يكونا أو أحدهما مختارا فى ترك المعاملة الثانية و عدم الاختيار فى تركها إنما يتحقق باشتراط فعلها فى ضمن العقد الأول و إلا فلا يلزم عليها فيصير الحاصل أنه إذا باعه بشرط أن يبيعه منه أو يشتريه منه لم يصح البيع الأول فكذا الثانى أو لم يصح الثانى لأجل فساد الأول إذ لا مفسد له غيره و رواية على بن جعفر عن أخيه ع قال:

سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم إلى أجل ثم اشتراه بخمسة نقدا أ يحل قال إذا لم يشترطا و رضيا فلا بأس و دلالتها أوضح من الأولى و الجواب أما عن الأولى فبظهور لا ينبغى فى الكراهة و لا مانع من كراهة البيع على هذا النحو من أن البيع صحيح غير مكروه و الوفاء بالشرط مكروه و أما عن الروايتين فأولا بأن الظاهر من الروايتين بقرينة حكاية فتوى أهل المسجد على خلاف قول الإمام ع فى الرواية الأولى هو رجوع البأس فى المفهوم إلى الشراء و لا ينحصر وجه فساده فى فساد البيع لاحتمال

المكاسب، ج٣، ص ٢٨٩

أن يكون من جهة عدم الاختيار فيه الناشئ عن التزامه فى خارج العقد الأول فإن العرف لا يفرقون فى إلزام المشروط عليه بالوفاء بالشرط بين وقوع الشرط فى متن العقد أو فى الخارج فإذا التزم به أحدهما فى خارج العقد الأول كان وقوعه للزومه عليه عرفا فيقع لا عن رضا منه فيفسد و ثانيا بأن غاية مدلول الرواية فساد البيع المشروط فيه بيعه عليه ثانيا و هو مما لا خلاف فيه حتى ممن قال بعدم فساد العقد بفساد شرطه كالشيخ فى المبسوط فلا يتعدى منه إلى غيره فلعل البطلان فيه للزوم الدور كما ذكره العلامة أو لعدم قصد البيع كما ذكره الشهيد قدس سره أو لغير ذلك بل التحقيق أن مسألة اشتراط بيع المبيع خارجة عما نحن فيه لأن الفساد ليس لأجل كون نفس الشرط فاسدا لأنه ليس مخالفا للكتاب و السنة و لا منافيا لمقتضى العقد بل الفساد فى أصل البيع لأجل نفس هذا الاشتراط فيه لا لفساد ما اشترط و قد أشرنا إلى ذلك فى أول المسألة و لعله لما ذكرنا لم يستند إليها أحد فى مسألتنا هذه و الحاصل أنى لم أجد لتخصيص العمومات فى هذه المسألة ما يطمئن به النفس

و يدل على الصحة أيضا جملة من الأخبار

منها ما عن المشايخ الثلاثة

فى الصحيح عن الحلبى عن الصادق ع: أنه ذكران بريرة كانت عند زوج لها و هى مملوكة فاشترتها عائشة فأعتقها فخيرها رسول الله ص فقال إن شاءت قعدت عند زوجها و إن شاءت فارقته و كان مواليها الذين باعوها اشترطوا على عائشة أن لهم ولاءها فقال ص: الولاء لمن أعتق و حملها على الشرط الخارج عن العقد مخالف لتعليل فساده فى هذه الرواية إشارة و فى غيرها صراحة بكونه مخالفا للكتاب و السنة فالإنصاف أن الرواية فى غاية الظهور.

و منها مرسلة جميل و صحيحة الحلبى

الأولى عن أحدهما فى الرجل يشترى الجارية و يشترط لأهلها أن لا يبيع و لا يهب و لا ترث قال: يفى بذلك إذا اشترط لهم إلا الميراث فإن الحكم بوجوب الوفاء بالأولين دون الثالث مع اشتراط الجميع فى العقد لا يكون إلا مع عدم فساد العقد بفساد شرطه و لو قلنا بمقالة المشهور من فساد اشتراط عدم البيع و الهبة حتى أنه حكى عن كاشف الرموز أنى لم أجد عاملا بهذه الرواية كان الأمر بالوفاء محمولا على الاستحباب و يتم المطلوب أيضا و يكون استثناء شرط الإرث لأن الملك فيه قهرى للوارث لا معنى لاستحباب وفاء المشترى به مع أن تحقق الإجماع على بطلان شرط عدم البيع و الهبة ممنوع كما لا يخفى و الثانية عن أبى عبد الله ع عن الشرط فى الإماء لا تباع و لا تورث و لا توهب قال: يجوز ذلك غير الميراث فإنها تورث و كل شرط خالف كتاب الله فهو رد الخبر فإن قوله:

فإنها تورث یدل علی بقاء البیع الذی شرط فیه أن لا تورث علی الصحة بل یمکن أن یستفاد من قوله بعد ذلک: کل شرط خالف کتاب الله عز و جل فهو رد أی لا- یعمل به أن جمیع ما ورد فی بطلان الشروط المخالفة لکتاب الله جل ذکره یراد بها عدم العمل بالشرط لا بطلان أصل البیع. و یؤیده ما ورد فی بطلان الشروط الفاسدة فی ضمن عقد النکاح

و قد یستدل علی الصحة بأن صحة الشرط فرع علی صحة البیع

فلو کان الحکم بصحة البیع موقوفا علی صحة الشرط لزم الدور و فیه ما لا یخفی

و الإنصاف أن المسألة فی غایة الإشکال

و لذا توقف فیها بعض تبعا للمحقق قدس سره

[هل الشرط الفاسد یوجب الخیار للمشروط له]

ثم علی تقدیر صحة العقد- ففی ثبوت الخیار للمشروط له مع جهله بفساد الشرط وجه من حیث کونه فی حکم تخلف الشرط الصحیح فإن المانع الشرعی کالعقلی فیدل علیه ما یدل علی خیار تخلف الشرط. و لا فرق فی الجهل المعتبر فی الخیار بین کونه بالموضوع أو بالحکم الشرعی و لذا یعذر الجاهل بثبوت الخیار أو بفوریته و لکن یشکل بأن العمدة فی خیار تخلف الشرط هو الإجماع و أدلة نفی الضرر قد تقدم غیر مرة أنها لا تصلح لتأسیس الحکم الشرعی إذا لم یعتضد بعمل جماعة لأن المعلوم إجمالا أنه لو عمل بعمومها لزم منه تأسیس فقه جدید خصوصا إذا جعلنا الجهل بالحکم الشرعی عذرا فرب ضرر یترتب علی المعاملات من أجل الجهل بأحکامها خصوصا الصحة و الفساد فإن ضرورة الشرع قاضیة فی أغلب الموارد بأن الضرر المترتب علی فساد معاملة مع الجهل به لا- یتدارک مع أن مقتضی تلک الأدلة نفی الضرر غیر الناشئ عن تقصیر المتضرر فی دفعه سواء کان الجهل متعلقا بالموضوع أم بالحکم و إن قام الدلیل فی بعض المقامات علی التسویة بین القاصر و المقصر فالأقوی فی المقام عدم الخیار و إن کان یسبق خلافه فی بادئ الأنظار.

الثانی لو أسقط المشروط له الشرط الفاسد علی القول بإفساده لم یصح بذلک العقد

لانعقاده بینهما علی الفساد فلا ینفع إسقاط المفسد و یحتمل الصحة بناء علی أن التراضی إنما حصل علی العقد المجرد عن الشرط فیکون کتراضیهما علیه حال العقد. و فیه أن التراضی إنما ینفع إذا وقع علیه العقد أو لحق العقد السابق کما فی بیع المکره و الفضولی و أما إذا طرأ الرضا علی غیر ما وقع علیه العقد فلا- ینفع لأن متعلق الرضا لم یعقد علیه و متعلق العقد لم یرض به و یظهر من بعض مواضع التذکرة التردد فی الفساد بعد إسقاط الشرط قال یشترط فی العمل المشروط علی البائع أن یکون محللا فلو اشتری العنب علی شرط أن یعصره البائع خمرا لم یصح الشرط و البیع علی إشکال ینشأ من جواز إسقاط المشتری الشرط عن البائع و الرضا به خالیا عنه و هو المانع من صحة البیع- و من اقتران البیع بالمبطل و بالجملة فهل یثمر اقتران مثل هذا الشرط بطلان البیع من أصله بحیث لو رضی صاحبه بإسقاطه لا یرجع البیع صحیحا أو إیقاف البیع بدونه فإن لم یرض بدونه بطل و الأصح انتهی و لا یعرف وجه لما ذکره من احتمال الإیقاف.

الثالث لو ذکر الشرط الفاسد قبل العقد لفظا و لم یذکر فی العقد

فهل یبطل العقد بذلک بناء علی أن الشرط الفاسد مفسد له أم لا وجهان بل قولان مبنیان علی تأثیر الشرط قبل العقد فإن قلنا بأنه لا

حکم له کما هو ظاهر المشهور و قد تقدم فی الشروط لم یفسد و إلا فسد و یظهر من المسالک هنا قول ثالث قال فی مسألة اشتراط بیع المبیع من البائع المراد باشتراط ذلک شرطه فی متن العقد فلو کان فی أنفسهما ذلک و لم یشترطاه لم یضر و لو شرطاه قبل العقد لفظا فإن کانا یعلمان بأن الشرط المتقدم لا حکم له فلا أثر له و إلا اتجه بطلان العقد کما لو ذکراه فی متنه لأنهما لم یقدما إلا علی الشرط و لم یتم لهما فیبطل العقد انتهی. و فی باب المرابحة بعد ذکر المحقق فی المسألة المذکورة أنه لو کان من قصدهما ذلک و لم یشترطاه لفظا کره قال فی المسالک أی لم یشترطاه فی نفس العقد فلا عبرة بشرطه قبله. نعم لو توهم لزوم ذلک أو نسی ذکره فیه مع ذکره قبله اتجه الفساد انتهی. ثم حکی اعتراضا علی

المکاسب، ج۳، ص ۲۹۰

المحقق قدس سره- و جوابا عنه بقوله قیل علیه إن مخالفة القصد للفظ تقتضی بطلان العقد لأن العقود تتبع القصود فکیف یصح العقد مع مخالفة اللفظ و أجیب عنه بأن القصد و إن کان معتبرا فی الصحة فلا یعتبر فی البطلان لتوقف البطلان علی اللفظ و القصد و کذلک الصحة و لم یوجد فی الفرض ثم قال قدس سره و فیه منع ظاهر فإن اعتبارهما معا فی الصحة یقتضی کون تخلف أحدهما کافیا فی البطلان و یرشد إلیه عبارة الساهی و الغالط و المکره فإن المتخلف الموجب للبطلان هو القصد و إلا فاللفظ موجود ثم قال و الذی ینبغی فهمه أنه لا بد من قصدهما إلی البیع المترتب علیه أثر الملک للمشتری علی وجه لا یلزمه رده و إنما یفتقر قصدهما لرده بعد ذلک بطریق الاختیار نظرا إلی وثوق البائع بالمشتری أنه لا یمتنع من رده إلیه بعقد جدید بمحض اختیاره و مروته انتهی کلامه.

أقول إذا أوقعا العقد المجرد علی النحو الذی یوقعانه مقترنا بالشرط و فرض عدم التفاوت بینهما فی البناء علی الشرط و الالتزام به إلا بالتلفظ بالشرط و عدمه فإن قلنا بعدم اعتبار التلفظ فی تأثیر الشرط الصحیح و الفاسد فلا وجه للفرق بین من یعلم فساد الشرط و غیره فإن العالم بالفساد لا یمنعه علمه عن الإقدام علی العقد مقیدا بالالتزام بما اشترطه خارج العقد بل إقدامه کإقدام من یعتقد الصحة کما لا فرق فی إیقاع العقد الفاسد بین من یعلم فساده و عدم ترتب أثر شرعی علیه و غیره. و بالجملة فالإقدام علی العقد مقیدا أمر عرفی یصدر من المتعاقدین و إن علما بفساد الشرط و أما حکم صورة نسیان ذکر الشرط فإن کان مع نسیان أصل الشرط کما هو الغالب فالظاهر الصحة لعدم الإقدام علی العقد مقیدا غایة الأمر أنه کان عازما علی ذلک لکن غفل عنه. نعم لو اتفق إیقاع العقد مع الالتفات إلی الشرط ثم طرأ علیه النسیان فی محل ذکر الشرط کان کتارک ذکر الشرط عمدا تعویلا علی تواطئهما السابق.

الرابع لو کان فساد الشرط لأجل عدم تعلق غرض معتد به عند العقلاء

فظاهر کلام جماعة من القائلین بإفساد الشرط الفاسد کونه لغوا غیر مفسد للعقد. قال فی التذکرة فی باب العیب لو شرط ما لا غرض فیه للعقلاء و لا یزید به المالیة فإنه لغو لا یوجب الخیار و قد صرح فی مواضع آخر فی باب الشروط بصحة العقد و لغویة الشرط و قد صرح الشهید بعدم ثبوت الخیار إذا اشترط کون العبد کافرا فبان مسلما و مرجعه إلی لغویة الاشتراط و قد ذکروا فی السلم لغویة بعض الشروط کاشتراط الوزن بمیزان معین و لعل وجه عدم قدح هذه الشروط أن الوفاء بها لما لم یجب شرعا و لم یکن فی تخلفها أو تعذرها خیار خرجت عن قابلیة تقیید العقد بها لعدم عدها کالجزء من أحد العوضین و یشکل بأن لغویتها لا تنافی تقیید العقد بها فی نظر المتعاقدین فاللازم إما بطلان العقد و إما وجوب الوفاء کما إذا جعل بعض الثمن مما لا یعد مالا فی العرف

الکلام فی أحکام الخیار

الکلام فی أحکام الخیار

الخیار موروث بأنواعه

اشارة

بلا خلاف بین الأصحاب کما فی الریاض و ظاهر الحدائق- و فی التذکرة أن الخیار عندنا موروث- لأنه من الحقوق کالشفعة و القصاص فی جمیع أنواعه و به قال الشافعی إلا فی خیار المجلس و ادعی فی الغنیة الإجماع علی إرث خیار المجلس و الشرط

[الاستدلال علیه بما ورد فی إرث ما ترک المیت]

اشارة

و استدل علیه مع ذلک بأنه حق للمیت فیورث لظاهر القرآن و تبعه بعض من تأخر عنه و زید علیه الاستدلال بالنبوی: ما ترک المیت من حق فلوارثه. أقول

الاستدلال علی هذا الحکم بالکتاب و السنة الواردین فی إرث ما ترک المیت یتوقف علی ثبوت أمرین

أحدهما کون الخیار حقا لا حکما شرعیا

کإجازة العقد الفضولی و جواز الرجوع فی الهبة و سائر العقود الجائزة فإن الحکم الشرعی مما لا یورث و کذا ما تردد بینهما للأصل و لیس فی الأخبار ما یدل علی ذلک عدا ما دل علی انتفاء الخیار بالتصرف معللا بأنه رضا کما تقدم فی خیار الحیوان و التمسک بالإجماع علی سقوطه بالإسقاط فیکشف عن کونه حقا لا حکما مستغنی عنه بقیام الإجماع علی نفس الحکم.

الثانی کونه حقا قابلا للانتقال

لیصدق أنه مما ترک المیت بأن لا یکون وجود الشخص و حیاته مقوما له و إلا فمثل حق الجلوس فی السوق و المسجد و حق التولیة و النظارة غیر قابل للانتقال فلا یورث و إثبات هذا الأمر بغیر الإجماع أیضا مشکل و التمسک فی ذلک باستصحاب بقاء الحق- و عدم انقطاعه بموت ذی الحق أشکل لعدم إحراز الموضوع لأن الحق لا یتقوم إلا بالمستحق و کیف کان ففی الإجماع المنعقد علی نفس الحکم کفایة إن شاء الله تعالی.

بقی الکلام فی أن إرث الخیار لیس تابعا لإرث المال فعلا

فلو فرض استغراق دین المیت لترکته لم یمنع انتقال الخیار إلی الوارث- و لو کان الوارث ممنوعا لنقصان فیه کالرقیة أو القتل للمورث أو الکفر فلا إشکال فی عدم الإرث لأن الموجب لحرمانه من المال موجب لحرمانه من سائر الحقوق و لو کان حرمانه من المال لتعبد شرعی کالزوجة غیر ذات الولد أو مطلقا بالنسبة إلی العقار و غیر الأکبر من الأولاد بالنسبة إلی الحبوة ففی حرمانه من الخیار المتعلق بذلک المال مطلقا أو عدم حرمانه کذلک وجوه بل أقوال ثالثها التفصیل بین کون ما یحرم الوارث عنه منتقلا إلی المیت أو عنه فیرث فی الأول صرح به فخر الدین فی الإیضاح و فسر به عبارة والده کالسید العمید و شیخنا الشهید فی الحواشی و رابعها عدم الجواز فی تلک الصورة و الإشکال فی غیرها صرح به فی جامع المقاصد و لم أجد من جزم بعدم الإرث مطلقا و إن أمکن توجیهه بأن ما یحرم منه هذا الوارث إن کان قد انتقل عن المیت فالفسخ لا معنی له لأنه لا ینتقل إلیه بإزاء ما ینتقل عنه من الثمن شیء من المثمن. و بعبارة أخری الخیار علاقة لصاحبه فیما انتقل عنه توجب سلطنته علیه و لا علاقة هنا و لا سلطنة و إن کان قد انتقل إلی المیت فهو لباقی الورثة و لا سلطنة لهذا المحروم و الخیار حق فیما انتقل عنه بعد إحراز تسلطه علی ما وصل بإزائه و لکن

يرد ذلك بما في الإيضاح من أن الخيار لا- يتوقف على الملك كخيار الأجنبي فعمومات الإرث بالنسبة إلى الخيار لم يخرج عنها الزوجة و إن خرجت عنها بالنسبة إلى المال. و الحاصل أن حق الخيار ليس تابعا للملكية و لذا قوى بعض المعاصرين ثبوت الخيار في الصورتين و يضعفه أن حق الخيار علقة في الملك المنتقل إلى

المكاسب، ج۳، ص ۲۹۱

الغير من حيث التسلط على استرداده إلى نفسه أو إلى من هو منصوب من قبله كما في الأجنبي. و بعبارة أخرى ملك لتملك المعوض لنفسه أو لمن نصب عنه و هذه العلاقة لا- تنتقل من الميت إلا- إلى وارث يكون كالميت في كونه مالكا لأن يملك فإذا فرض أن الميت باع أرضا بثمن فالعلاقة المذكورة إنما هي لسائر الورثة دون الزوجة لأنها بالخيار لا ترد شيئا من الأرض إلى نفسها و لا إلى آخر هي من قبله لتكون كالأجنبي المجعول له. نعم لو كان الميت قد انتقلت إليه الأرض كان الثمن المدفوع إلى البائع متزلزلا في ملكه فيكون في معرض الانتقال إلى جميع الورثة و منهم الزوجة فهي أيضا مالكه لتملك حصتها من الثمن لكن فيه ما ذكرنا سابقا من أن الخيار حق فيما انتقل عنه بعد إحراز التسلط على ما وصل بإزائه و عبر عنه في جامع المقاصد بلزوم تسلط الزوجة على مال الغير و حاصله أن الميت إنما كان له الخيار و العلقة فيما انتقل عنه من حيث تسلطه على رد ما في يده لتملك ما انتقل عنه بإزائه فلا تنتقل هذه العلاقة إلا إلى من هو كذلك من ورثته- كما مر نظيره في عكس هذه الصورة و ليست الزوجة كذلك. و قد تقدم في مسألة ثبوت خيار المجلس للوكيل أن أدلة الخيار مسوقة لبيان تسلط ذي الخيار على صاحبه من جهة تسلطه على تملك ما في يده فلا يثبت بها تسلط الوكيل على ما وصل إليه لموكله و ما نحن فيه كذلك و يمكن دفعه بأن ملك بائع الأرض للثمن لما كان متزلزلا و في معرض الانتقال إلى جميع الورثة اقتضى بقاء هذا التزلزل بعد موت ذي الخيار ثبوت حق للزوجة و إن لم يكن لها تسلط على نفس الأرض و الفرق بين ما نحن فيه و بين ما تقدم في الوكيل أن الخيار هناك و تزلزل ملك الطرف الآخر و كونه في معرض الانتقال إلى موكل الوكيل كان متوقفا على تسلط الوكيل على ما في يده و تزلزل ملك الطرف الآخر هنا و كونه في معرض الانتقال إلى الورثة ثابت على كل حال و لو لم نقل بثبوت الخيار للزوجة فإن باقي الورثة لو ردوا الأرض و استردوا الثمن شاركتهم الزوجة فيه فحق الزوجة في الثمن المنتقل إلى البائع ثابت فلها استيفاؤه بالفسخ ثم إن ما ذكر وارد على فسخ باقي الورثة للأرض المبيعة بثمن معين تشترك فيه الزوجة إلا أن يلتزم عدم تسلطهم على الفسخ إلا في مقدار حصتهم من الثمن فيلزم تبعيض الصفقة فما اختاره في الإيضاح من التفصيل مفسرا به عبارة والده في القواعد لا يخلو عن قوة. قال في القواعد الخيار موروث بالحصص كالمال من أي أنواعه كان إلا الزوجة غير ذات الولد في الأرض على إشكال أقربه ذلك إن اشترى بخيار لترث من الثمن انتهى و قال في الإيضاح ينشأ الإشكال من عدم إرثها منها فلا يتعلق بها فلا ترث من خيارها و من أن الخيار لا يتوقف على الملك كالأجنبي ثم فرع المصنف أنه لو كان الموروث قد اشترى بخيار فالأقرب إرثها من الخيار لأن لها حقا في الثمن و يحتمل عدمه لأنها لا ترث من الثمن إلا بعد الفسخ فلو علل بإرثها دار و إلا صح اختيار المصنف لأن الشراء يستلزم منعها من شيء نزله الشارع منزلة جزء من التركة و هو الثمن فقد تعلق الخيار بما ترث منه انتهى و قد حمل العبارة على هذا المعنى السيد العميد الشارح للكتاب و استظهر خلاف ذلك من عبارة جامع المقاصد فإنه بعد بيان منشأ الإشكال على ما يقرب من الإيضاح قال فالأقرب من هذا الإشكال عدم إرثها إن كان الميت قد اشترى أرضا بخيار فأرادت الفسخ لترث من الثمن و أما إذا باع أرضا بخيار فالإشكال حينئذ بحاله لأنها إذا فسخت في هذه الصورة لم ترث شيئا و حمل الشارحان العبارة على أن الأقرب إرثها إذا اشترى بخيار لأنها حينئذ تفسخ فترث من الثمن بخلاف ما إذا باع بخيار و هو خلاف الظاهر فإن المتبادر أن المشار إليه بقوله ذلك هو عدم الإرث الذي سيقت لأجله العبارة مع أنه من حيث الحكم غير مستقيم أيضا فإن الأرض حق لباقي الوارث استحقوها بالموت فكيف تملك الزوجة إبطال استحقاقهم لها و إخراجها عن ملكهم. نعم لو قلنا إن ذلك يحصل بانقضاء مدة الخيار استقام ذلك و أيضا فإنها إذا ورثت في هذه الصورة وجب أن ترث في ما إذا باع الميت أرضا بخيار بطريق أولى لأنها ترث حينئذ من الثمن و أقصى ما يلزم من إرثها من الخيار أن تبطل حقها من

الثمن و هو أولی من إبطـال إرثهـا حق غیرهـا من الأـرض التی اختصوا بملکها ثم قال و الحق أن إرثها من الخیار فی الأرض المشتراة مستبعد جـدا و إبطال حق قـد ثبت لغیرها یحتاج إلی دلیل نعم قوله لترث من الثمن علی هـذا التقـدیر یحتاج إلی تکلف زیادة تقـدیر بخلاـف مـا حملاـ علیه انتهی. و قـد تقـدم مـا یمکن أن یقال علی هـذا الکلام ثم إن الکلام فی ثبوت الخیار لغیر مسـتحق الحبوة من الورثة إذا اشتری المیت أو باع بعض أعیان الحبوة بخیار هو الکلام فی ثبوته للزوجة فی الأرض المشتراة و المبیعة.

مسألة فی کیفیة استحقاق کل من الورثة للخیار مع أنه شیء واحد غیر قابل للتجزیة و التقسیم

اشارة

وجوه

الأول ما اختاره بعضهم – من استحقاق کل منهم خیارا مستقلا

کمورثه بحیث یکون له الفسـخ فی الکل و إن أجاز الباقون نظیر حـد القـذف الـذی لا یسـقط بعفو بعض المسـتحقین و کـذلک حق الشفعة علی المشهور و استند فی ذلک إلی أن ظاهر النبوی المتقدم و غیره ثبوت الحق لکل وارث لتعقل تعدد من لهم الخیار بخلاف المال الذی لا بد من تنزیل مثل ذلک علی إرادة الاشتراک لعدم تعدد الملاک شرعا لمال واحد بخلاف محل البحث.

الثانی استحقاق کل منهم خیارا مستقلا فی نصیبه

فله الفسـخ فیه دون باقی الحصـص غایـة الأمر مع اختلاف الورثـة فی الفسخ و الإمضاء و تبعض الصـفقة علی من علیه الخیار فیثبت له الخیـار و وجه ذلک أن الخیار لما لم یکن قابلا للتجزیـة و کان مقتضـی أدلـة الإرث کما سـیجیء اشتراک الورثـة فیما ترک مورثهم تعین تبعضه بحسب متعلقة فیکون نظیر المشتریین لصفقة واحدة إذا قلنا بثبوت الخیار لکل منهما.

الثالث استحقاق مجموع الورثة لمجموع الخیار

اشارة

فیشرکون فیه من دون ارتکاب تعدده بالنسبة إلی جمیع المال و لا بالنسبة إلی حصة کل منهم لأن مقتضی أدلة الإرث فی الحقوق غیر القابلة للتجزیة و الأموال القابلة لها أمر واحد فهو ثبوت مجموع ما ترک لمجموع الورثة إلا أن التقسیم فی الأموال لما کان أمرا ممکنا کان مرجع اشتراک المجموع فی المجموع إلی اختصاص کل منهم بحصـة مشاعة بخلاف الحقوق فإنها تبقی علی حالها من اشتراک مجموع الورثة فیها فلا یجوز لأحدهم الاستقلال بالفسخ لا فی الکل و لا

المکاسب، ج۳، ص ۲۹۲

فی حصته فافهم.

و هنا معنى آخر لقيام الخيار بالمجموع

و هو أن يقوم بالمجموع من حيث تحقق الطبيعة فى ضمنه لا من حيث كونه مجموعا فيجوز لكل منهم الاستقلال بالفسخ ما لم يجز الآخر لتحقق الطبيعة فى الواحد و ليس له الإجازة بعد ذلك كما أنه لو أجاز الآخر لم يجز الفسخ بعده لأن الخيار الواحد إذا قام بماهية الوارث واحدا كان أو متعددا كان إمضاء الواحد كفسخه ماضيا فلا عبرة بما يقع متأخرا عن الآخر لأن الأول قد استوفاه و لو اتحدا زمانا كان ذلك كالإمضاء و الفسخ من ذى الخيار بتصرف واحد لا أن الفاسخ متقدم كما سيجىء فى أحكام التصرف

[فساد الوجه الأول]

ثم إنه لا ريب فى فساد مستند وجه الأول المذكور له لمنع ظهور النبوى و غيره فى ثبوت ما ترك لكل واحد من الورثة لأن المراد بالوارث فى النبوى و غيره مما أفرد فيه لفظ الوارث جنس الوارث المتحقق فى ضمن الواحد و الكثير و قيام الخيار بالجنس يتأتى على الوجوه الأربعة المتقدمة كما لا يخفى على المتأمل و أما ما ورد فيه لفظ الوارث بصيغة الجمع فلا يخفى أن المراد به أيضا إما جنس الجمع أو جنس الفرد أو الاستغراق القابل للحمل على المجموعى و الأفرادى و الأظهر هو الثانى كما فى نظائره هذا كله مع قيام القرينة العقلية و اللفظية على عدم إرادة ثبوته لكل واحد مستقلا فى الكل. أما الأولى فلأن المفروض أن ما كان للميت و تركه للوارث حق واحد شخصى و قيامه بالأشخاص المتعددين أوضح استحالة و أظهر بطلانا من تجزيه و انقسامه على الورثة فكيف يدعى ظهور أدلة الإرث فيه. و أما الثانية فلأن مفاد تلك الأدلة بالنسبة إلى المال المتروك و حق المتروك شىء واحد و لا يستفاد منها بالنسبة إلى المال الاشتراك و بالنسبة إلى الحق التعدد إلا مع استعمال الكلام فى معنيين هذا مع أن مقتضى ثبوت ما كان للميت لكل من الورثة أن يكونوا كالوكلاء المستقلين فيمضى السابق من إجازة أحدهم أو فسخه و لا يؤثر اللاحق فلا وجه لتقدم الفسخ على الإجازة على ما ذكره.

[عدم دلالة أدلة الإرث على الوجه الثانى]

و أما الوجه الثانى فهو و إن لم يكن منافيا لظاهر أدلة الإرث من ثبوت مجموع المتروك لمجموع الوارث إلا أن تجزية الخيار بحسب متعلقة كما تقدم مما لم يدل عليه أدلة الإرث أما ما كان منها كالنبوى غير متعرض للقسمة فواضح و أما ما تعرض فيه للقسمة كآيات قسمة الإرث بين الورثة فغاية ما يستفاد منها فى المقام بعد ملاحظة عدم انقسام نفس المتروك هنا ثبوت القسمة فيما يحصل بإعمال هذا الحق أو إسقاطه فيقسم بينهم العين المستردة بالفسخ أو ثمنها الباقى فى ملكهم بعد الإجازة على طريق الإرث

[المتيقن من الأدلة هو الوجه الثالث]

و أما ثبوت الخيار لكل منهم مستقلا فى حصته فلا يستفاد من تلك الأدلة فالمتيقن من مفادها هو ثبوت الخيار الواحد الشخصى للمجموع فإن اتفق المجموع على الفسخ انفسخ فى المجموع و إلا فلا دليل على الانفساخ فى شىء منه-

[عدم الدليل على المعنى الثانى للوجه الثالث أيضا]

و من ذلك يظهر أن المعنى الثانى للوجه الثالث و هو قيام الخيار بالطبيعة المتحققة فى ضمن المجموع أيضا لا دليل عليه فلا يؤثر فسخ أحدهم و إن لم يجز الآخر مع أن هذا المعنى أيضا مخالف لأدلة الإرث لما عرفت من أن مفادها بالنسبة إلى المال و الحق واحد و من المعلوم أن المالك للمال ليس هو الجنس المتحقق فى ضمن المجموع

ثم إن ما ذكرنا جار فى كل حق ثبت لمتعدد

لم يعلم من الخارج كونه على خصوص واحد من الوجوه المذكورة. نعم لو علم ذلك من دليل خارج اتبع كما فى حد القذف فإن النص قد دل على أنه لا يسقط بعفو أحد الشريكين و كذا حق القصاص فإنه لا يسقط بعفو أحد الشريكين لكن مع دفع الآخر مقدار حصة الباقى من الدية إلى أولياء المقتص منه جمعا بين الحقين

[الإشكال على حكم المشهور فى حق الشفعة و الجواب عنه]

لكن يبقى الإشكال فى حكم المشهور من غير خلاف يعرف بينهم و إن احتمله فى الدروس من أحد الورثة إذا عفا عن الشفعة كان للآخر الأخذ بكل المبيع فإن الظاهر أن قولهم بذلك ليس لأجل دليل خارجى و الفرق بينه و بين ما نحن فيه مشكل و يمكن أن يفرق بالضرر فإنه لو سقطت الشفعة بعفو أحد الشريكين تضرر الآخر بالشركة بل لعل هذا هو السر فى عدم سقوط حدى القذف و القصاص بعفو البعض لأن الحكمة فيهما التشفى فإبطالهما بعفو أحد الشركاء إضرار على غير العافى و هذا غير موجود فيما نحن فيه فتأمل.

ثم إن ما اخترناه من الوجه الأول- هو مختار العلامة فى القواعد

بعد أن احتمل الوجه الثانى و ولده فى الإيضاح و الشهيد فى الدروس و الشهيد الثانى فى المسالك و حكى عن غيرهم. قال فى القواعد و هل للورثة التفريق فيه نظر أقربه المنع و إن جوزناه مع تعدد المشترى و زاد فى الإيضاح بعد توجيه المنع بأنه لم يكن لمورثهم الأخيار واحد أنه لا وجه لاحتمال التفريق

[كلام الشهيد فى الدروس]

و قال فى الدروس فى باب خيار العيب لو جوزنا لأحد المشتريين الرد لم نجوزه لأحد الوارثين عن واحد لأن التعدد طار على العقد سواء كان الموروث خيار عيب أو غيره انتهى و فى المسالك بعد المنع عن تفرق المشتريين فى الخيار هذا كله فيما لو تعدد المشترى أما لو تعدد مستحق البيع مع اتحاد المشترى ابتداء كما لو تعدد وارث المشترى الواحد فإنه ليس لهم التفرق لاتحاد الصفقة و التعدد طار مع احتماله انتهى

و ظاهر التذكرة فى خيار المجلس الوجه الأول من الوجوه المتقدمة

قال لو فسخ بعضهم و أجاز الآخر فالأقوى أنه ينفسخ فى الكل كالمورث لو فسخ فى حياته فى البعض و أجاز فى البعض انتهى. و

يحتمل أن لا يريد بذلك أن لكل منهما ملك الفسخ فى الكل كما هو مقتضى الوجه الأول بل يملك الفسخ فى البعض و يسرى فى الكل نظير فسخ المورث فى البعض و كيف كان فقد ذكر فى خيار العيب أنه لو اشترى عبدا فمات و خلف وارثين فوجدا به عيبا لم يكن لأحدهما رد حصته خاصة للتشقيص انتهى

و قال فى التحرير لو ورث اثنان عن أبيهما خيار عيب فرضى أحدهما سقط حق الآخر من الرد دون الأرش و الظاهر أن خيار العيب و خيار المجلس واحد كما تقدم عن الدروس فعله رجوع عما ذكره فى خيار المجلس ثم إنه ربما يحمل ما فى القواعد و غيرها من عدم جواز التفريق على أنه لا يصح تبعض المبيع من حيث الفسخ و الإجازة بل لا بد من الفسخ أو الإجازة فى الكل فلا دلالة فيها على عدم استقلال كل منهم على الفسخ فى الكل و حينئذ فإن فسخ أحدهم و أجاز الآخر قدم الفسخ على الإجازة و ينسب تقديم الفسخ إلى كل من منع من التفريق بل فى الحدائق تصريح الأصحاب بتقديم الفاسخ من الورثة على المجيز و لازم ذلك الاتفاق على أنه متى فسخ أحدهم الفسخ فى الكل و ما أبعد بين هذه الدعوى و بين ما فى الرياض من قوله و لو اختلفوا

المكاسب، ج۳، ص ۲۹۳

يعنى الورثة قيل قدم الفسخ و فيه نظر لكن الأظهر فى عبارة القواعد ما ذكرنا و أن المراد بعدم جواز التفريق أن فسخ أحدهم ليس ماضيا مع عدم موافقة الباقين كما يدل عليه قوله فيما بعد ذلك فى باب خيار العيب أما لو أورثا خيار العيب فلا إشكال فى وجوب توافقهما فإن المراد بوجوب التوافق وجوبه الشرطى و معناه عدم نفوذ التخالف و لا ريب أن عدم نفوذ التخالف ليس معناه عدم نفوذ الإجازة من أحدهما مع فسخ صاحبه بل المراد عدم نفوذ فسخ صاحبه من دون إجازته لفسخ صاحبه و هو المطلوب و أصرح منه ما تقدم من عبارة التحرير ثم التذكرة. نعم ما تقدم من قوله فى الزوجة غير ذات الولد أقربه ذلك إن اشترى بخيار لترث من الثمن قد يدل على أن فسخ الزوجة فقط كاف فى استرجاع تمام الثمن لترث منه إذ استرداد مقدار حصتها موجب للتفريق الممنوع عنده و عند غيره و كيف كان فمقتضى أدلة الإرث ثبوت الخيار للورثة على الوجه الثالث الذى اخترناه و حاصله أنه متى فسخ أحدهم و أجاز الآخر لغا الفسخ و قد يتوهم استلزام ذلك بطلان حق شخص لعدم إعمال الآخر حقه و يندفع بأن الحق إذا كان مشتركا لم يجز إعماله إلا برضا الكل كما لو جعل الخيار لأجنبيين على سبيل التوافق.

فرع إذا اجتمع الورثة كلهم على الفسخ فيما باعه مورثهم

فإن كان عين الثمن موجودا فى ملك الميت دفعوه إلى المشترى و إن لم يكن موجودا أخرج من مال الميت و لا يمنعون من ذلك و إن كان على الميت دين مستغرق للتركة لأن المحجور له الفسخ بخياره و فى اشتراط ذلك بمصلحة الديان و عدمه وجهان و لو كان مصلحتهم فى الفسخ و لم يجبروا الورثة عليه لأنه حق لهم فلا يجبرون على إعماله و لو لم يكن للميت مال ففى وجوب دفع الثمن من مالهم بقدر الحصص وجهان من أنه ليس لهم إلا حق الفسخ كالأجنبى المجعول له الخيار أو الوكيل المستناب فى الفسخ و الإمضاء و انحلال العقد المستلزم لدخول المبيع فى ملك الميت يوفى عنه ديونه و خروج الثمن من ملكه فى المعين و اشتغال ذمته ببدله فى الثمن الكلى فلا يكون مال الورثة عوضا عن المبيع إلا على وجه كونه وفاء لدين الميت و حينئذ فلا اختصاص له بالورثة على حسب سهامهم بل يجوز للغير أداء ذلك الدين بل لو كان للميت غرماء ضرب المشترى مع الغرماء و هذا غير اشتغال ذمم الورثة بالثمن على حسب سهامهم من المبيع و من أنهم قائمون مقام الميت- فى الفسخ برد الثمن أو بدله و تملك المبيع فإذا كان المبيع مردودا على الورثة من حيث إنهم قائمون مقام الميت اشتغلت ذممهم بثمنه من حيث إنهم كنفس الميت كما أن معنى إرثهم لحق الشفعة استحقاقهم لتملك الحصة بثمن من مالهم لا من مال الميت. ثم لو قلنا بجواز الفسخ لبعض الورثة و إن لم يوافقه الباقى و فسخ ففى انتقال المبيع إلى الكل أو إلى الفاسخ وجهان و مما ذكرنا من مقتضى الفسخ و ما ذكرنا أخيرا من مقتضى النيابة و القيام مقام الميت و

الأظهر فى الفرعين هو كون ولايـة الوارث لاـ كولايـة الولى أو الوكيـل فى كونهـا لاستيفاء حق للغير بل هى ولايـة استيفاء حق متعلق بنفسه فهو كنفس الميت لاـ نـائب عنه فى الفسـخ و من هنـا جرت السـيرة بـأن ورثـة البـائع بـبيع خيـار رد الثمن يردون مثـل الثمن من أموالهم- و يستردون المبيع لأنفسهم من دون أن يلزموا بأداء الديون منه بعد الإخراج و المسألة تحتاج إلى تنقيح زائد.

مسألة لو كان الخيار لأجنبى و مات

ففى انتقـاله إلى وارثه كما فى التحرير أو إلى المتعاقـدين أو سـقوطه كما اختاره غير واحـد من المعاصـرين- و ربما يظهر من القواعد وجوه من أنه حق تركه الميت فلوارثه و من أنه حق لمن اشترط له من المتعاقـدين لأنه بمنزلـة الوكيل الـذى حكم فى التـذكرة بانتقال خيـاره إلى موكله دون وارثه و من أن ظـاهر الجعـل أو محتمله مدخليـة نفس الأـجنبى فلاـ يـدخل فى ما تركه و هـذا لا يخلو عن قوة لأجل الشك فى مدخلية نفس الأجنبى. و فى القواعد لو جعل الخيار لعبد أحدهما فالخيار لمولاه و لعله لعدم نفوذ فسـخه و لا إجازته بـدون رضا مولاه و إذا أمره بأحـدهما أجبر شـرعا عليه فلو امتنع فللمولى فعله عنه فيرجع الخيار بالأخرة له لكن هذا يقتضـى أن يكون عبـد الأجنبى كذلك مع أنه قال لو كان العبد لأجنبى لم يملكه مولاه و لا يتوقف على رضاه إذا لم يمنع حقا للمولى فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضا و حلا فافهم.

مسألة لو كان الخيار لأجنبى و مات

ففى انتقـاله إلى وارثه كما فى التحرير أو إلى المتعاقـدين أو سـقوطه كما اختاره غير واحـد من المعاصـرين- و ربما يظهر من القواعد وجوه من أنه حق تركه الميت فلوارثه و من أنه حق لمن اشترط له من المتعاقـدين لأنه بمنزلـة الوكيل الـذى حكم فى التـذكرة بانتقال خيـاره إلى موكله دون وارثه و من أن ظـاهر الجعـل أو محتمله مدخليـة نفس الأـجنبى فلاـ يـدخل فى ما تركه و هـذا لا يخلو عن قوة لأجل الشك فى مدخلية نفس الأجنبى. و فى القواعد لو جعل الخيار لعبد أحدهما فالخيار لمولاه و لعله لعدم نفوذ فسـخه و لا إجازته بـدون رضا مولاه و إذا أمره بأحـدهما أجبر شـرعا عليه فلو امتنع فللمولى فعله عنه فيرجع الخيار بالأخرة له لكن هذا يقتضـى أن يكون عبـد الأجنبى كذلك مع أنه قال لو كان العبد لأجنبى لم يملكه مولاه و لا يتوقف على رضاه إذا لم يمنع حقا للمولى فيظهر من ذلك فساد الوجه المذكور نقضا و حلا فافهم.

مسألة و من أحكام الخيار سقوطه بالتصرف بعد العلم بالخيار

و قـد مر بيان ذلك فى مسـقطات الخيار و المقصود هنا بيان أنه كما يحصل إسـقاط الخيار و التزام العقـد بالتصـرف فيكون التصـرف إجازة فعليـة كـذلك يحصل الفسخ بالتصـرف فيكون فسـخا فعليا. و قد صـرح فى التذكرة بأن الفسخ كالإجازة قد يكون بالقول و قد يكون بالفعل و قد ذكر جماعة كالشيخ و ابن زهرة و ابن إدريس و جماعة من المتأخرين عنهم كالعلامة و غيره قدس الله أسرارهم أن التصـرف إن وقع فيمـا انتقـل عنه كـان فسـخا و إن وقع فيما انتقل إليه كان إجازة و قـد عرفت فى مسألـة الإسـقاط أن ظاهر الأكثر أن المسـقط هو التصـرف المؤذن بالرضا و قد دل عليه الصـحيحة المتقدمة فى خيار الحيوان المعللة للسـقوط بأن التصرف رضا بالعقد فلا خيار و كـذا النبوى المتقدم و مقتضـى ذلك منهم أن التصـرف فيما انتقل عنه إنما يكون فسـخا إذا كان مؤذنا بالفسخ و ليكون فسـخا فعليا و أما ما لا يـدل على إرادة الفسخ فلا وجه لانفساخ العقد به و إن قلنا بحصول الإجازة به بناء على حمل الصـحيحة المتقدمة على سقوط الخيار بالتصـرف تعبـدا شـرعيا من غير أن يكون فيه دلالـة عرفيـة نوعية على الرضا بلزوم العقد كما تقدم نقله عن بعض إلا أن يـدعى الإجماع على اتحاد ما يحصل به الإجازة و الفسـخ فكلما يكون إجازة لو ورد على ما فى يـده يكون فسـخا إذا ورد منه على ما

فی يـد صاحبه و هـذا الاتفاق و إن كان الظاهر تحققه إلا أن أكثر هؤلاء كما عرفت كلماتهم فی سقوط خيار الشرط بالتصرف يدل على اعتبار الدلالـة على الرضا فی التصرف المسقط فيلزمهم بالمقابلة اعتبار الدلالة على الفسخ فی التصرف الفاسخ و يدل عليه كثير من كلماتهم فی هـذا المقام أيضا. قال فی التذكرة أما العرض على البيع و الإذن فيه و التوكيل و الرهن غير المقبوض بناء على اشتراطه فيه و الهبـة غير المقبوضـة فالأقرب أنها من البائع فسخ و من المشترى إجازة لـدلالتها على طلب المبيع و استيفائه و هـذا هو الأقوى و نحوها جامع المقاصد ثم إنك قد عرفت الإشكال فی كثير من أمثلتهم المتقدمة للتصرفات الملزمة كركوب الدابة

المكاسب، ج۳، ص ۲۹۴

فی طريق الرد و نحوه مما لم يـدل على الالتزام أصـلا لكن الأمر هنا أسـهل بناء على أن ذا الخيار إذا تصرف فيما انتقل عنه تصرفا لا يجوز شرعا إلاـ من المالك أو بإذنه دل ذلك بضـميمة حمل فعل المسلم على الصحيح شرعا- على إرادة انفساخ العقد قبل هـذا التصرف. قال فی التـذكرة لو قبل الجارية بشـهوة أو باشر فيما دون الفرج أو لمس بشـهوة فالوجه عندنا أن يكون فسـخا لأن الإسـلام يصون صـاحبه عن القبيح فلو لم يختر الإمسـاك لكان مقـدما على المعصـية انتهى ثم نقل عن بعض الشافعيـة احتمال العـدم نظرا إلى حدوث هذه الأمور عمن تردد فی الفسخ و الإجازة و فی جامع المقاصد عند قول المصـنف قدس سره و يحصل الفسخ بوطء البائع و بيعه و عتقه و هبته قال لوجوب صـيانة فعل المسلم عن الحرام حيث يوجد إليه سبيل و تنزيل فعله على ما يجوز له فعله مع ثبوت طريق الجواز انتهى ثم إن أصالـة حمـل فعـل المسـلم على الجائز من باب الظواهر المعتبرة شـرعا كما صرح به جماعـة كغيرها من الأمارات الشـرعية فيـدل على الفسـخ لا من الأصول التعبدية حتى يقال إنها لا تثبت إرادة المتصـرف للفسخ لما تقرر من أن الأصول التعبدية لا تثبت إلا اللوازم الشـرعية لمجاريها و هنا كلام مـذكور فی الأصول. ثم إن مثل التصـرف الذی يحرم شـرعا إلا على المالك أو مأذونه التصـرف الـذی لاـ ينفـذ شـرعا إلاـ من المالـك أو مـأذونه و إن لم يحرم كـالبيع و الإجارة و النكاح فإن هـذه العقود و إن حلت لغير المالك لعـدم عـدها تصـرفا فی ملك الغير إلا أنها تـدل على إرادة الانفساخ بها بضـميمة أصالـة عـدم الفضولية كما صـرح بها جامع المقاصد عند قول المصـنف و الإجازة و التزويج فی معنى البيع و المراد بهذا الأصل الظاهر- فلا وجه لمعارضته بأصالة عدم الفسخ مع أنه لو أريـد به أصالـة عـدم قصد العقد عن الغير فهو حاكم على أصالة عدم الفسخ لكن الإنصاف أنه لو أريد به هذا لم يثبت به إرادة العاقـد للفسـخ و كيف كان فلا إشـكال فی إناطـة الفسخ بذلك عندهم كالإجازة بدلالة التصـرف عليه و يؤيده استشـكالهم فی بعض أفراده من حيث دلالته بالالتزام على الالتزام بالبيع أو فسـخه و من حيث إمكان صـدوره عمن تردد فی الفسخ كما ذكره فی الإيضاح و جامع المقاصـد- و فی وجه إشـكال القواعـد فی كون العرض على البيع و الإذن فيه فسـخا. و مما ذكرنا يعلم أنه لو وقع التصـرف فيما انتقل عنه نسيانا للبيع أو مسامحة فی التصرف فی ملك الغير أو اعتمادا على شهادة الحال بالإذن لم يحصل الفسخ بذلك.

مسألة هل الفسخ يحصل بنفس التصرف أو يحصل قبله متصلا به

اشارة

و بعبارة أخرى التصـرف سـبب أو كاشف فيه وجهان بل قولان من ظهور كلماتهم فی كون نفس التصـرف فسخا أو إجازة و أنه فسخ فعلى فی مقابـل القولی و ظهور اتفـاقهم على أن الفسـخ بل مطلق الإنشاء لا يحصل بالنيـة بل لا بـد من حصوله بالقول أو الفعل. و مما عرفت من التذكرة و غيرها من تعليل تحقق الفسخ بصـيانة فعل المسلم عن القبيح و من المعلوم أنه لا يصان عنه إلا إذا وقع الفسخ قبله و إلا لوقع الجزء الأول منه محرما و يمكن أن يحمل قولهم بكون التصـرف فسخا على كونه دالا عليه و إن لم يتحقق به و هذا المقدار يكفی فی جعله مقابلا للقول. و يؤيـده ما دل من الأخبار المتقدمة على كون الرضا هو مناط الالتزام بالعقد و سـقوط الخيار و إن اعتبر

کونه مکشوفا عنه بالتصرف و قد عرفت هناک التصریح بذلک من الدروس و صرح به فی التذکرة أیضا حیث ذکر أن قصد المتبایعین لأحد عوضی الصرف قبل التصرف رضا بالعقد فمقتضی المقابلة هو کون کراهة العقد باطنا و عدم الرضا به هو الموجب للفسخ إذا کشف عنه التصرف و یؤیده أنهم ذکروا أنه لا- تحصل الإجازة بسکوت البائع ذی الخیار علی وطء المشتری معللا بأن السکوت لا یدل علی الرضا فإن هذا الکلام ظاهر فی أن العبرة بالرضا. و صرح فی المبسوط بأنه لو علم رضاه بوطء المشتری سقط خیاره فاقتصر فی الإجازة علی مجرد الرضا و أما ما اتفقوا علیه من عدم حصول الفسخ بالنیة فمرادهم بها نیة الانفساخ أعنی الکراهة الباطنیة لبقاء العقد و البناء علی کونه منفسخا من دون أن یدل علیها بفعل مقارن له و أما مع اقترانها بالفعل فلا قائل بعدم تأثیرها فیما یکفی فیه الفعل إذ کلما یکفی فیه الفعل من الإنشاءات و لا یعتبر فیه خصوص القول فهو من هذا القبیل لأن الفعل لا إنشاء فیه فالمنشأ یحصل بإرادته المتصلة بالفعل لا بنفس الفعل لعدم دلالته علیه نعم یلزم من ذلک أن لا یحصل الفسخ باللفظ أصل لأن اللفظ أبدا مسبوق بالقصد الموجود بعینه قبل الفعل الدال علی الفسخ. و قد ذکر العلامة فی بعض مواضع التذکرة- أن اللازم بناء علی القول بتضمن الوطی للفسخ عود الملک إلی الواطئ مع الوطی أو قبیله فیکون حلالا هذا

و کیف کان فالمسألة ذات قولین

اشارة

ففی التحریر قوی جهة الوطی الذی یحصل به الفسخ و أن الفسخ یحصل بأول جزء منه فیکشف عن عدم الفسخ قبله و هو لازم کل من قال بعدم صحة عقد الواهب الذی یتحقق به الرجوع کما فی الشرائع و عن المبسوط و المهذب و الجامع و الحکم فی باب الهبة و الخیار واحد- و توقف الشهید فی الدروس فی المقامین مع حکمه بصحة رهن ذی الخیار و جزم الشهید و المحقق الثانیان بالحل نظرا إلی حصول الفسخ قبله بالقصد المقارن

[ثمرة القولین فی المسألة]

ثم إنه لو قلنا بحصول الفسخ قبیل هذه الأفعال فلا إشکال فی وقوعها فی ملک الفاسخ فیترتب علیها آثارها فیصح بیعه و سائر العقود الواقعة منه علی العین لمصادفتهما للملک و لو قلنا بحصوله بنفس الأفعال فینبغی عدم صحة التصرفات المذکورة کالبیع و العتق من حیث عدم مصادفتهما لملک العاقد التی هی شرط لصحتها. و قد یقرر المانع بما فی التذکرة عن بعض العامة من أن الشیء الواحد لا یحصل به الفسخ و العقد کما أن التکبیرة الثانیة فی الصلاة بنیة الشروع یخرج بها عن الصلاة و لا یشرع بها فی الصلاة و بأن البیع موقوف علی الملک الموقوف علی الفسخ المتأخر عن البیع و أجاب فی التذکرة عن الأول بمنع عدم صحة حصول الفسخ و العقد لشیء واحد بالنسبة إلی شیئین و أجاب الشهید عن الثانی بمنع الدور التوقفی و أن الدور معی و قال فی الإیضاح إن الفسخ یحصل بأول جزء من العقد و زاد فی باب الهبة قوله فیبقی المحل قابلا لمجموع العقد انتهی و قد یستدل للصحة- بأنه إذا وقع العقد علی مال الغیر فملکه بمجرد العقد کاف کمن باع مال غیره ثم ملکه

[رأی المصنف فی المسألة]

اشارة

أقول إن قلنا بأن المستفاد من أدلة توقف البیع و العتق علی الملک نحو قوله لا- بیع إلا- فی ملک و لا عتق إلا فی ملک هو اشتراط وقوع الإنشاء فی ملک المنشئ فلا مناص عن القول بالبطلان لأن صحة العقد حینئذ یتوقف علی تقدم تملک

المکاسب، ج۳، ص ۲۹۵

العاقد علی جمیع أجزاء العقد لتقع فیه فإذا فرض العقد أو جزء من أجزائه فسخا کان سببا لتملک العاقد مقدما علیه لأن المسبب إنما یحصل بالجزء الأخیر من سببه فکلما فرض جزء من العقد قابل للتجزیة سببا للتملک کان التملک متأخرا عن بعض ذلک الجزء و إلا لزم تقدم وجود المسبب علی السبب و الجزء الذی لا یتجزأ غیر موجود فلا یکون سببا مع أن غایة الأمر حینئذ المقارنة بینه و بین التملک. و قد عرفت أن الشرط بمقتضی الأدلة سبب التملک علی جمیع أجزاء العقد قضاء لحق الظرفیة و أما دخول المسألة فیمن باع شیئا ثم ملکه فهو بعد فرض القول بصحته یوجب اعتبار إجازة العاقد ثانیا بناء علی ما ذکرنا فی مسألة الفضولی من توقف لزوم العقد المذکور علی الإجازة إلا أن یقال إن المتوقف علی الإجازة عقد الفضولی و بیعه للمالک و أما بیعه لنفسه نظیر بیع الغاصب فلا یحتاج إلی الإجازة بعد العقد لکن هذا علی تقدیر القول به و الإغماض عما تقدم فی عقد الفضولی لا- یجری فی مثل العتق غیر القابل للفضولی و إن قلنا إن المستفاد من تلک الأدلة هو عدم وقوع البیع فی ملک الغیر المؤثر فی نقل مال الغیر بغیر إذنه فالممنوع شرعا تمام السبب فی ملک الغیر لا وقوع بعض أجزائه فی ملک الغیر و تمامه فی ملک نفسه لینقل بتمام العقد الملک الحادث ببعضه فلا مانع من تأثیر هذا العقد لانتقال ما انتقل إلی البائع بأول جزء منه و هذا لا یخلو عن قوة إذ لا دلالة فی أدلة اعتبار الملکیة فی المبیع الأ-علی اعتبار کونه مملوکا قبل کونه مبیعا و الحصر فی قوله لا بیع إلا فی ملک إضافی بالنسبة إلی البیع فی ملک الغیر أو فی غیر ملک کالمباحات الأصلیة فلا- یعم المستثنی منه البیع الواقع بعضه فی ملک الغیر و تمامه فی ملک البائع هذا مع أنه یقال إن المراد بالبیع هو النقل العرفی الحاصل من العقد لا نفس العقد لأن العرف لا یفهمون من لفظ البیع إلا هذا المعنی المأخوذ فی قولهم بعت و حینئذ فالفسخ الموجب للملک یحصل بأول جزء من العقد و النقل و التملک العرفی یحصل بتمامه فیقع النقل فی الملک و کذا الکلام فی العتق و غیره من التصرفات القولیة عقدا کان أو إیقاعا و لعل هذا معنی ما فی الإیضاح من أن الفسخ یحصل بأول جزء و بتمامه یحصل العتق. نعم التصرفات الفعلیة المحققة للفسخ کالوطئ و الأکل و نحوهما لا وجه لجواز الجزء الأول منها فإن ظاهر قوله تعالی إِلَّا عَلی أَزْواجِهِمْ أَوْ ما مَلَکَتْ أَیْمانُهُمْ اعتبار وقوع الوطی فیما اتصف بکونها مملوکة فالوطی المحصل للفسخ لا یکون بتمامه حلالا و توهم أن الفسخ إذا جاز بحکم الخیار جاز کل ما یحصل به قولا کان أو فعلا فاسد فإن معنی جواز الفسخ لأجل الخیار الجواز الوضعی أعنی الصحة لا التکلیفی فلا ینافی تحریم ما یحصل به الفسخ کما لا یخفی مع أنه لو فرض دلالة دلیل الفسخ علی إباحة ما یحصل به تعین حمل ذلک علی حصول الفسخ قبیل التصرف جمعا بینه و بین ما دل علی عدم جواز ذلک التصرف إلا إذا وقع فی الملک و بالجملة

فما اختاره المحقق و الشهید الثانیان فی المسألة لا یخلو عن قوة

و به یرتفع الإشکال عن جواز التصرفات تکلیفا و وضعا و هذا هو الظاهر من الشیخ فی المبسوط حیث جوز للمتصارفین تبایع النقدین ثانیا فی مجلس الصرف و قال إن شروعهما فی البیع قطع لخیار المجلس مع أن الملک عنده یحصل بانقطاع الخیار المتحقق هنا بالبیع المتوقف علی الملک لکنه فی باب الهبة لم یصحح البیع الذی یحصل به الرجوع فیها معللا بعدم وقوعه فی الملک

فرع لو اشتری عبدا بجاریة مع الخیار له فقال أعتقهما

فربما یقال بانعتاق الجاریة دون العبد لأن الفسخ مقدم علی الإجازة و فیه أنه لا دلیل علی التقدیم فی مثل المقام مما وقع الإجازة و

الفسخ من طرف واحد دفعة سواء اتحد المجیز و الفاسخ کما فی المقام أو تعدد کما لو وقعا من وکیلی ذی الخیار دفعة واحدة إنما المسلم تقدیم الفسخ الصادر من أحد الطرفین علی الإجازة الصادرة من الطرف الآخر لأن لزوم العقد من أحد الطرفین بمقتضی إجازته لا ینافی انفساخه بفسخ الطرف الآخر کما لو کان العقد جائزا من أحدهما فیفسخ مع لزوم العقد من الطرف الآخر بخلاف اللزوم و الانفساخ من طرف واحد و نحوه فی الضعف القول بعتق العبد لأن الإجازة إبقاء للعقد- و الأصل فیه الاستمرار و فیه أن عتق العبد موقوف علی عدم عتق الجاریة کالعکس نعم الأصل استمرار العقد و بقاء الخیار و عدم حصول العتق أصلا و هو الأقوی کما اختاره جماعة منهم العلامة فی التذکرة و القواعد و المحقق الثانی فی جامع المقاصد لأن عتقهما معا لا ینفذ لأن العتق لا یکون فضولیا و المعتق لا یکون مالکا لهما بالفعل لأن ملک أحدهما یستلزم خروج الآخر عن الملک- و لو کان الخیار فی الفرض المذکور للبائع العبد بنی عتق العبد علی جواز التصرف من غیر ذی الخیار فی مدة الخیار و عتق الجاریة علی جواز عتق الفضولی و الثانی غیر صحیح اتفاقا و سیأتی الکلام فی الأول و إن کان الخیار لهما ففی القواعد و الإیضاح و جامع المقاصد صحة عتق الجاریة و یکون فسخا لأن عتق العبد من حیث إنه إبطال لخیار بائعه غیر صحیح بدون إجازة البائع و معها یکون إجازة منه لبیعه و الفسخ مقدم علی الإجازة و الفرق بین هذا و صورة اختصاص المشتری بالخیار أن عتق کل من المملوکین کان من المشتری صحیحا لازما بخلاف ما نحن فیه. نعم لو قلنا هنا بصحة عتق المشتری فی زمان خیار البائع کان الحکم کما فی تلک الصورة

مسألة من أحکام الخیار عدم جواز تصرف غیر ذی الخیار تصرفا یمنع من استرداد العین عند الفسخ

[القول بالمنع]

علی قول الشیخ و المحکی عن ابن سعید فی جامع الشرائع و ظاهر جماعة من الأصحاب منهم العلامة فی القواعد و المحقق و الشهید الثانیان قدس سرهم بل فی مفتاح الکرامة فی مسألة عدم انتقال حق الرجوع فی الهبة إلی الورثة أن حق الخیار یمنع المشتری من التصرفات الناقلة عند الأکثر و عن جماعة فی مسألة وجوب الزکاة علی المشتری للنصاب بخیار للبائع أن المشتری ممنوع من کثیر من التصرفات المنافیة لخیار البائع بل ظاهر المحکی عن الجامع کعبارة الدروس عدم الخلاف فی ذلک حیث قال فی الجامع و ینتقل المبیع بالعقد و انقضاء الخیار و قیل بالعقد و لا ینفذ تصرف المشتری فیه حتی ینقضی خیار البائع و ستجیء عبارة الدروس هذا و لکن خلاف الشیخ و ابن سعید مبنی

المکاسب، ج۳، ص ۲۹۶

علی عدم قولهما بتملک المبیع قبل انقضاء الخیار فلا یعد مثلهما مخالفا فی المسألة

[القول بالجواز]

و الموجود فی ظاهر کلام المحقق فی الشرائع جواز الرهن فی زمن الخیار سواء کان الخیار للبائع أو المشتری أو لهما بل ظاهره عدم الخلاف فی ذلک بین کل من قال بانتقال الملک بالعقد و کذا ظاهره فی باب الزکاة حیث حکم بوجوب الزکاة فی النصاب المملوک و لو مع ثبوت الخیار نعم استشکل فیه فی المسالک فی شرح المقامین علی وجه یظهر منه أن المصنف معترف بمنشإ الإشکال و کذا ظاهر کلام القواعد فی باب الرهن و إن اعترض علیه جامع المقاصد بما مر من المسالک لکن صریح کلامه فی التذکرة فی باب الصرف جواز التصرف و کذا صریح کلام الشهید فی الدروس حیث قال فی باب الصرف لو باع أحدهما ما قبضه

على غير صاحبه قبل التفرق فالوجه الجواز وفاقا للفاضل و منعه الشيخ قدس سره لأنه يمنع الآخر من خياره و رد بأنا نقول ببقاء الخيار انتهى و صرح في المختلف في باب الصرف بأن له أن يبيع ماله من غير صاحبه و لا يبطل حق خيار الآخر كما لو باع المشترى في زمان خيار البائع و هو ظاهر اللمعة بل صريحها في مسألة رهن ما فيه الخيار و إن شرحها في الروضة بما لا يخلو عن تكلف هذا و يمكن أن يقال إن قول الشيخ و من تبعه بالمنع ليس منشأه القول بعدم انتقال المبيع و متفرعا عليه و إلا لم يكن وجه لتعليل المنع عن التصرف بلزوم إبطال حق الخيار بل المتعين حينئذ الاستناد إلى عدم حصول الملك مع وجود الخيار بل لعل القول بعدم انتقال منشأه- كون المنع عن التصرف مفروغا عنه عندهم كما يظهر من بيان مبنى هذا الخلاف في الدروس قال في تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو النقل خلاف مأخذه أن الناقل العقد و الغرض بالخيار الاستدراك و هو لا ينافيه و أن غاية الملك التصرف الممتنع في مدة الخيار انتهى. و ظاهر هذا الكلام كالمتقدم عن جامع ابن سعيد كون امتناع التصرف في زمن الخيار مسلما بين القولين إلا أن يراد به نفوذ التصرف على وجه لا يملك بطلانه بالفسخ و لا يتعقبه ضمان العين بقيمتها عند الفسخ و التصرف في زمن الخيار على القول بجوازه معرض لبطلانه عند الفسخ أو مستعقب للضمان لا محالة و هذا الاحتمال و إن بعد عن ظاهر عبارة الدروس إلا أنه يقربه أنه قدس سره قال بعد أسطر إن في جواز تصرف كل منهما مع اشتراك الخيار وجهين و الحاصل أن كلمات العلامة و الشهيد بل و غيرهما قدس سرهم في هذا المقام لا يخلو بحسب الظاهر عن اضطراب

[عدم الفرق بين العتق و غيره]

ثم إن الظاهر عدم الفرق بين العتق و غيره من التصرفات و ربما يظهر من كلمات بعضهم تجويز العتق لبنائه على التغليب و كذا الظاهر عدم الفرق بين الإتلاف و التصرفات الناقلة

[الفرق بين الإتلاف و غيره]

و اختار بعض الأفاضل من عاصرناهم الفرق بالمنع من الإتلاف و تجويز غيره لكن مع انفساخه من أصله عند فسخ ذى الخيار و قيل بانفساخه من حينه

حجة القول بالمنع

اشارة

أن الخيار حق يتعلق بالعقد المتعلق بالعوضين من حيث إرجاعهما بحل العقد إلى ملكهما السابق فالحق بالأخرة متعلق بالعين التى انتقلت منه إلى صاحبه فلا يجوز أن يتصرف فيها بما يبطل ذلك الحق بإتلافها أو نقلها إلى شخص آخر و منه يظهر أن جواز الفسخ مع التلف بالرجوع إلى البدل لا يوجب جواز الإتلاف لأن الحق متعلق بخصوص العين فإتلافها إتلاف لهذا الحق و إن انتقل إلى بدله لو تلف بنفسه كما أن تعلق حق الرهن ببدل العين المرهونة بعد تلفها لا يوجب جواز إتلافها على ذى الحق و إلى ما ذكر يرجع ما فى الإيضاح من توجيه بطلان العتق فى زمن الخيار بوجوب صيانة حق البائع فى العين المعينة عن الإبطال.
و يؤيد ما ذكرنا أنهم حكموا من غير خلاف يظهر منهم بأن التصرف الناقل إذا وقع بإذن ذى الخيار سقط خياره فلو لم يكن حقا متعلقا بالعين لم يكن ذلك موجبا لسقوط الخيار فإن تلف العين لا ينافى بقاء الخيار لعدم منافاة التصرف لعدم الالتزام بالعقد و إرادة

الفسخ بأخذ القيمة

[المناقشة فى الحجة المذكورة]

هـذا غايـة ما يمكن أن يقال فى توجيه المنع لكنه لا يخلو عن نظر فإن الثابت من خيار الفسـخ- بعـد ملاحظـة جواز التفاسـخ فى حال تلف العينين هى سـلطنة ذى الخيـار على فسـخ العقـد المتمكن فى حـالتى وجود العين و فقـدها فلا دلالـة فى مجرد ثبوت الخيار على حكم التصـرف جوازا و منعـا فـالمرجع فيه أدلـة سـلطنة النـاس على أموالهم أ لا ترى أن حق الشـفيع لا يمنع المشترى من نقل العين و مجرد الفرق بينهما بأن الشـفعة سـلطنة على نقل جديـد فالملك مسـتقر قبل الأخذ بها غاية الأمر تملك الشـفيع نقله إلى نفسه بخلاف الخيـار فإنهـا سـلطنة على رفع العقـد و إرجاع الملك إلى الحالـة السابقـة لا يؤثر فى الحكم المـذكور مع أن الملك فى الشـفعة أولى بالتزلزل لإبطالها تصـرفات المشترى اتفاقا و أما حق الرهن فهو من حيث كون الرهن وثيقة يدل على وجوب إبقائه و عدم السلطنة على إتلافه مضافـا إلى النص و الإجمـاع على حرمـة التصـرف فى الرهن مطلقا و لو لـم يكن متلفا و لا ناقلا و أما سـقوط الخيار بالتصـرف الـذى أذن فيه ذو الخيار فلدلالـة العرف لا للمنافاة. و الحاصل أن عموم الناس مسـلطون على أموالهم لم يعلم تقييده بحق يحدث لذى الخيار يزاحم به سلطنة المالك فالجواز لا يخلو عن قوة فى الخيارات الأصلية.

و أما الخيارات المجعولة بالشرط

فالظاهر من اشتراطها إرادة إبقاء الملك ليسترده عنـد الفسـخ بل الحكمـة فى أصل الخيار هو إبقاء السـلطنة على استرداد العين إلا أنها فى الخيارات المجعولة علة للجعل و لا ينافى ذلك بقاء الخيار مع التلف كما لا يخفى

[حكم الإتلاف و فعل ما لا يسوغ انتقاله عن المتصرف]

و عليه فيتعين الانتقـال إلى البـدل عنـد الفسـخ مع الإتلاف و أما مع فعل ما لا يسوغ انتقاله عن المتصـرف كالاستيلاد ففى تقـديم حق الخيار لسـبقه أو الاستيلاد لعدم اقتضاء الفسخ لرد العين مع وجود المانع الشـرعى كالعقلى وجهان أقواهما الثانى و هو اللائح من كلام التذكرة من باب الصرف حيث ذكر أن صحة البيع الثانى لا ينافى حكمه و ثبوت الخيار للمتعاقدين

[حكم ما لو نقله عن ملكه]

و منه يعلم حكم نقله عن ملكه و أنه ينتقل إلى البدل لأنه إذا جاز التصرف فلا داعى إلى إهمال ما يقتضيه التصرف من اللزوم و تسلط العاقـد الثـانى على مـاله عـدا ما يتخيل من أن تملك العاقـد الثانى مبنى على العقـد الأول فإذا ارتفع بالفسـخ و صار كأن لم يكن و لو بالنسبة إلى ما بعد الفسخ كان من لوازم ذلك ارتفاع ما بنى عليه من التصرفات و العقود. و الحاصل أن العاقد الثانى

المكاسب، ج۳، ص ۲۹۷

يتلقى الملـك من المشترى الأول فإذا فرض الاشتراء كأن لم يكن و ملك البائع الأول العين بالملك السابق قبل البيع ارتفع بـذلك ما استند إليه من العقـد الثانى و يمكن دفعه بأن تملك العاقد الثانى مسـتند إلى تملك المشترى له آنا ما لأن مقتضـى سـلطنته فى ذلك الآن صحة جميع ما يترتب عليه من التصـرفات و اقتضاء الفسـخ لكون العقـد كأن لم يكن بالنسـبة إلى ما بعـد الفسـخ لأنه رفع للعقد

الثابت و قد ذهب المشهور إلى أنه لو تلف أحد العوضين قبل قبضه و بعد بيع العوض الآخر المقبوض انفسخ البيع الأول دون الثانى و استحق بدل العوض المبيع ثانيا على من باعه و الفرق بين تزلزل العقد من حيث إنه أمر اختيارى كالخيار أو أمر اضطرارى كتلف عوضه قبل قبضه غير مجد فيما نحن بصدده ثم إنه لا فرق بين كون العقد الثانى لازما أو جائزا لأن جواز العقد يوجب سلطنة العاقد على فسخه لا سلطنة الثالث الأجنبى

[هل يلزم العاقد بالفسخ]

نعم يبقى هنا إلزام العاقد بالفسخ بناء على أن البدل للحيلولة و هى مع تعذر المبدل و مع التمكن يجب تحصيله إلا أن يقال باختصاص ذلك بما إذا كان المبدل المتعذر باقيا على ملك مستحق البدل كما فى المغصوب الآبق أما فيما نحن فيه فإن العين ملك للعاقد الثانى- و الفسخ إنما يقتضى خروج المعوض عن ملك من يدخل فى ملكه العوض و هو العاقد الأول فيستحيل خروج المعوض عن ملك العاقد الثانى فيستقر بدله على العاقد الأول و لا دليل على إلزامه بتحصيل المبدل مع دخوله فى ملك ثالث و قد مر بعض الكلام فى ذلك فى خيار الغبن هذا و لكن قد تقدم أن ظاهر عبارة الدروس و الجامع الاتفاق على عدم نفوذ التصرفات الواقعة فى زمان الخيار و توجيهه بإرادة التصرف على وجه لا يستعقب الضمان بأن يضمنه ببدله بعد فسخ ذى الخيار بعيدا جدا و لم يظهر ممن تقدم نقل القول بالجواز عنه الرجوع إلى البدل إلا فى مسألة العتق و الاستيلاد فالمسألة فى غاية الإشكال.

[هل يكون انفساخ العقد الثانى على القول به من حين فسخ الأول أو من أصله]

ثم على القول بانفساخ العقد الثانى فهل يكون من حين فسخ الأول أو من أصله قولان اختار ثانيهما بعض أفاضل المعاصرين محتجا بأن مقتضى الفسخ تلقى كل من العوضين من ملك كل من المتعاقدين فلا يجوز أن يتلقى الفاسخ الملك من العاقد الثانى بل لا بد من انفساخ العقد الثانى بفسخ الأول و رجوع العين إلى ملك المالك الأول ليخرج منه إلى ملك الفاسخ إلا أن يلتزم بأن ملك العاقد الثانى إلى وقت الفسخ فتلقى الفاسخ الملك بعد الفسخ من العاقد الأول و رده بعدم معروفية التملك الموقت فى الشرع فافهم.

[هل يجوز التصرف قبل تنجز الخيار أم لا]

ثم إن المتيقن من زمان الخيار الممنوع فيه من التصرف على القول به هو زمان تحقق الخيار فعلا كالمجلس و الثلاثة فى الحيوان و الزمان المشروطة فيه الخيار و أما الزمان الذى لم يتنجز فيه الخيار إما لعدم تحقق سببه كما فى خيار التأخير بناء على أن السبب فى ثبوته تضرر البائع بالصبر إلى أزيد من الثلاث و إما لعدم تحقق شرطه كما فى بيع الخيار بشرط رد الثمن بناء على كون الرد شرطا للخيار و عدم تحققه قبله و كاشتراط الخيار فى زمان متأخر ففى جواز التصرف قبل تنجز الخيار خصوصا فيما لم يتحقق سببه وجهان من أن المانع عن التصرف هو تزلزل العقد و كونه فى معرض الارتفاع و هو موجود هنا و إن لم يقدر ذو الخيار على الفسخ حينئذ و من أنه لا حق بالفعل لذى الخيار فلا مانع من التصرف و يمكن الفرق بين الخيار المتوقف على حضور الزمان و المتوقف على شىء آخر كالتأخير و الرؤية على خلاف الوصف لأن ثبوت الحق فى الأول معلوم و إن لم يحضر زمانه بخلاف الثانى و لذا لم يقل أحد بالمنع من التصرف فى أحد من العوضين قبل قبض الآخر من جهة كون العقد فى معرض الانفساخ بتلف ما لم يقبض و سيجىء ما يظهر منه قوة هذا التفصيل و على كل حال فالخيار المتوقف تنجزه فعلا على ظهور أمر كالغبن و العيب و الرؤية على خلاف الوصف

غیر مانع من التصرف بلا خلاف ظاهرا

فرعان

الأول لو منعا عن التصرف المتلف فی زمن الخیار فهل یمنع عن التصرف المعرض لفوات حق ذی الخیار من العین

کوطئ الأمـۀ فی زمان الخیار بناء علی أن الاستیلاد مانع من رد العین بالخیار قولان للمانعین أکثرهم علی الجواز کالعلامۀ فی القواعد و الشـارح فی جـامع المقاصـد و حکی عن المبسوط و الغنیـۀ و الخلاـف لکن لا یلائم ذلک القول بتوقف الملک علی انقضاء الخیار کما اعترف به فی الإیضاح و لذا حمل فی الدروس تجویز الشـیخ الوطی علی ما إذا خص الخیار بالواطی لکن قیل إن عبارة المبسوط لا تقبل ذلک و ظاهر المحکی عن التذکرة و ظاهر الدروس المنع عن ذلک لکون الوطی معرضا لفوات حق ذی الخیار من العین.

الثانی أنه هل یجوز إجارة العین فی زمان الخیار – بدون إذن ذی الخیار

اشارة

فیه وجهان من کونه ملکا له و من إبطال هـذا التصـرف- لتسـلط الفاسخ علی أخذ العین إذ الفرض اسـتحقاق المسـتأجر لتسـلمه لأجل استیفاء منفعـۀ و لو آجره من ذی الخیار أو بإذنه ففسـخ لم یبطل الإجارة لأن المشتری ملک العین ملکیـۀ مطلقـۀ مسـتعدة للدوام و من نماء هذا الملک المنفعۀ الدائمۀ فإذا استوفاها المشتری بالإجارة فلا وجه لرجوعها إلی الفاسخ بل یعود الملک إلیه مسلوب المنفعۀ فی مـدة الإجـارة کما إذا باعه بعـد الإجارة و لیس الملک هنا نظیر ملک البطن الأول من الموقوف علیه لأن البطن الثانی لا یتلقی الملک منه حتی یتلقـاه مسـلوب المنفعـۀ بل من الواقف کالبطن الأول فالملک ینتهی بانتهاء اسـتعداده. فإن قلت إن ملک المنفعـۀ تابع لملک العین بمعنی أنه إذا ثبت الملکیـۀ فی زمان و کان زوالها بالانتقال إلی آخر ملک المنفعـۀ الدائمـۀ لأن المفروض أن المنتقل إلیه یتلقی الملـک من ذلـک المالـک فیتلقـاه مسـلوب المنفعـۀ و أمـا إذا ثبت و کـان زوالها بارتفاع سـببها لم یکن ملک من عاد إلیه متلقی عن المالـک الأـول و مسـتندا إلیه بل کان مسـتندا إلی ما کان قبل تملک المالـک الأول فیتبعه المنفعـۀ کما لو فرضـنا زوال الملک بانتهاء سببه لا برفعه کما فی ملک البطن الأول من الموقوف علیه فإن المنفعۀ تتبع مقدار تملکه قلت أولا إنه منقوض بما إذا وقع التفاسخ بعد الإجارة مع عـدم التزام أحـد ببطلان الإجارة و ثانیا إنه یکفی فی ملک المنفعۀ الدائمۀ تحقق الملک المسـتعد للدوام لو لا الرافع آنا ما ثم إن فاضـل القمی فی بعض أجوبـۀ مسـائله جزم ببطلاـن الإجـارة بفسـخ البـیع بخیـار رد مثـل الثمن و علله بـأنه یعلم بفسـخ البیع أن المشتری لم یملک منافع ما بعد الفسخ و أن الإجارة کانت متزلزلۀ و مراعاة بالنسـبۀ إلی فسخ البیع انتهی فإن کان مرجعه إلی ما ذکرنا من کون المنفعـۀ تابعـا لبقـاء الملـک أو الملـک المسـتند إلی ذلـک الملـک فقـد عرفت الجواب عنه نقضا و حلا و أن المنفعـۀ تابعۀ للملک

المکاسب، ج۳، ص ۲۹۸

المسـتعد للدوام و إن کان مرجعه إلی شـیء آخر فلیبین حتی ینظر فیه مع أن الأصل عدم الانفساخ لأن الشک فی أن حق خیار الفسخ فی العین یوجب تزلزل ملک المنفعـۀ أم لا مع العلم بقابلیـۀ المنفعـۀ بعـد الفسـخ للتملک قبله کما إذا تقایلا البیع بعد الإجارة ثم إنه لا إشـکال فی نفوذ التصـرف بإذن ذی الخیار و إنه یسـقط خیاره بهـذا التصـرف- إما لدلالۀ الإذن علی الالتزام بالعقد عرفا و إن لم یکن منافاة بین الإذن فی التصرف و الإتلاف و إرادة الفسخ و أخذ القیمۀ کما نبهنا علیه فی المسألۀ السابقۀ و به یندفع الإشکال الذی أورده المحقق الأردبیلی من عدم دلالۀ ذلک علی سـقوط الخیار و إما لأن التصـرف الواقع تفویت لمحل هذا الحق و هی العین بإذن صاحبه

فلا ينفسخ التصرف و لا يتعلق الحق بالبدل لأن أخذ البدل بالفسخ فرع تلف العين فى حال حلول الحق فيه لا مع سقوط عنه و لو أذن و لم يتصرف المأذون ففى القواعد و التذكرة أنه يسقط خيار الإذن و عن الميسية أنه المشهور قيل كان منشأ هذه النسبة فهم استناد المشهور فى سقوط الخيار فى الصورة السابقة إلى دلالة مجرد الإذن و لا يقدح فيها تجرده عن التصرف. و قد منع دلالة الإذن المجرد فى المسالك و جامع المقاصد و القواعد

[رأى المؤلف]

و الأولى أن يقال بأن الظاهر كون إذن ذى الخيار فى التصرف المخرج فيما انتقل عنه فسخا لحكم العرف و لأن إباحة بيع مال الغير لنفسه غير جائز شرعا فيحمل على الفسخ كسائر التصرفات التى لا يصح شرعا إلا بجعلها فسخا و أما كون إذن ذى الخيار للمشترى فى التصرف إجازة و إسقاطا لخياره فيمكن الاستشكال فيه لأن الثابت بالنص و الإجماع أن التصرف عن إذنه لا لأجل تحقق الإسقاط من ذى الخيار بالإذن بل لأجل تحقق المسقط لما عرفت من أن التصرف الواقع بإذنه صحيح نافذ و التسلط على بدله فرع خروجه عن ملك المشترى متعلقا للحق فالإذن فيما نحن فيه نظير إذن المرتهن فى بيع الرهن لا يسقط به حق الرهانة و يجوز الرجوع قبل البيع نعم يمكن القول بإسقاطه من جهة تضمنه للرضا بالعقد فإنه ليس بأدون من رضا المشترى بتقبيل الجارية و قد صرح فى المبسوط بأنه إذا علم رضا البائع بوطء المشترى سقط خياره و يؤيده رواية السكونى فى كون العرض على البيع التزاما فهذا القول لا يخلو عن قوة.

مسألة المشهور أن المبيع يملك بالعقد–

اشارة

و أثر الخيار تزلزل الملك بسبب القدرة على رفع سببه فالخيار حق لصاحبه فى ملك الآخر و حكى المحقق و جماعة عن الشيخ توقف الملك بعد العقد على انقضاء الخيار و إطلاقه يشمل الخيار المختص بالمشترى و صرح فى التحرير بشموله لذلك لكن الشهيد فى الدروس قال فى تملك المبيع بالعقد أو بعد الخيار بمعنى الكشف أو النقل خلاف مأخذه أن الناقل العقد و الغرض من الخيار الاستدراك و هو لا ينافى الملك و أن غاية الملك التصرف الممتنع فى زمان الخيار و ربما قطع الشيخ بملك المشترى إذا اختص الخيار و ظاهر ابن الجنيد توقف الملك على انقضاء الخيار انتهى.

[ما هو رأى الشيخ الطوسى فى المسألة]

فإن فى هذا الكلام شهادة من وجهين على عدم توقف ملك المشترى على انقضاء خياره عند الشيخ بل المأخذ المذكور صريح فى عدم الخلاف من غير الشيخ قدس سره فى الخلاف و المبسوط

[كلام الشيخ فى الخلاف]

قال فى محكى الخلاف العقد يثبت بنفس الإيجاب و القبول فإن كان مطلقا فإنه يلزم بالافتراق بالأبدان و إن كان مشروطا يلزم بانقضاء الشرط فإن كان الشرط لهما أو للبائع فإذا انقضى الخيار ملك المشترى بالعقد المتقدم و إن كان الخيار للمشترى وحده زال

ملک البائع عن الملک بنفس العقد لکنه لم ینتقل إلی المشتری حتی ینقضی الخیار فإن انقضی الخیار ملک المشتری بالعقد الأول انتهی. و ظاهر هذا الکلام کما قیل هو الکشف فحینئذ یمکن الجمع بین زوال ملک البائع بمعنی عدم حق له بعد ذلک فی المبیع نظیر لزوم العقد من طرف الأصیل إذا وقع مع الفضولی و بین عدم انتقاله إلی المشتری بحسب الظاهر حتی ینقضی خیاره فإذا انقضی ملک بسبب العقد الأول بمعنی کشف الانقضاء عنه فیصیر انقضاء الخیار للمشتری نظیر إجازهٔ عقد الفضولی و لا یرد حینئذ علیه أن اللازم منه بقاء الملک بلا مالک و حاصل هذا القول أن الخیار یوجب تزلزل الملک و یمکن حمله أیضا علی إرادهٔ الملک اللازم الذی لا حق و لا ـ علاقهٔ لمالکه السابق فیه فوافق المشهور و لذا عبر فی غایهٔ المراد بقوله و یلوح من کلام الشیخ توقف الملک علی انقضاء الخیار و لم ینسب ذلک إلیه صریحا

[کلام الشیخ فی المبسوط]

و قال فی المبسوط البیع إن کان مطلقا غیر مشروط فإنه یثبت بنفس العقد و یلزم بالتفرق بالأبدان و إن کان مشروطا لزومه بنفس العقد لزم بنفس العقد و إن کان مشروطا بشرط لزم بانقضاء الشرط و ظاهره کظاهر الخلاف عدم الفرق بین خیار البائع و المشتری لکن قال فی باب الشفعهٔ إذا باع شقصا بشرط الخیار فإن کان الخیار للبائع أو لهما لم یکن للشفیع الشفعهٔ لأن الشفعهٔ إنما تجب إذا انتقل الملک إلیه و إن کان الخیار للمشتری وجب الشفعهٔ للشفیع لأن الملک یثبت للمشتری بنفس العقد و له المطالبهٔ بعد انقضاء الخیار و حکم خیار المجلس و الشرط فی ذلک سواء علی ما فصلناه و لعل هذا مأخذ ما تقدم من النسبهٔ فی ذیل عبارهٔ الدروس هذا و لکن الحلی قدس سره فی السرائر ادعی رجوع الشیخ عما ذکره فی الخلاف و یمکن أن یستظهر من مواضع من المبسوط ما یوافق المشهور مثل استدلاله فی مواضع علی المنع عن التصرف فی مدهٔ الخیار بأن فیه إبطالا لحق ذی الخیار کما فی مسألهٔ بیع أحد النقدین علی غیر صاحبه فی المجلس و فی مسألهٔ رهن ما فیه الخیار للبائع فإنه لو قال بعدم الملک تعین تعلیل المنع به لا بإبطال حق ذی الخیار من الخیار لأن التعلیل بوجود المانع فی مقام فقد المقتضی کما تری و منها أنه ذکر فی باب الصرف جواز تبایع المتصارفین ثانیا فی المجلس لأن شروعهما فی البیع قطع للخیار مع أنه لم یصحح فی باب الهبهٔ البیع الذی یتحقق به الرجوع فیها لعدم وقوعه فی الملک فلو لا ـ قوله فی الخیار بمقالهٔ المشهور لم یصح البیع ثانیا لوقوعه فی غیر الملک علی ما ذکرنا فی الهبهٔ و ربما ینسبه إلی المبسوط اختیار المشهور فیما إذا صار أحد المتبایعین الذی له الخیار مفلسا حیث حکم بأن له الخیار فی

المکاسب، ج۳، ص ۲۹۹

الإجازهٔ و الفسخ لأنه لیس بابتداء ملک لأن الملک قد سبق بالعقد انتهی لکن النسبهٔ لا تخلو عن تأمل لمن لاحظ باقی العبارهٔ و قال ابن سعید قدس سره فی الجامع علی ما حکی عنه إن المبیع یملک بالعقد و بانقضاء الخیار و قیل بالعقد و لا ینفذ تصرف المشتری إلا بعد انقضاء خیار البائع انتهی و قد تقدم حکایهٔ التوقف عن ابن الجنید أیضا

[الأقوی رأی المشهور و الاستدلال علیه]

اشارهٔ

و کیف کان فالأقوی هو المشهور لعموم أدلهٔ حل البیع و أکل المال إذا کانت تجارهٔ عن تراض و غیرهما مما ظاهره کون العقد علهٔ تامهٔ- لجواز التصرف الذی هو من لوازم الملک و یدل علیه لفظ الخیار فی قولهم ع: البیعان بالخیار و ما دل علی جواز النظر فی الجاریهٔ فی زمان الخیار إلی ما لا یحل له قبل ذلک فإنه یدل علی الحل بعد العقد فی زمن الخیار إلا أن یلتزم بأنه نظیر حل وطء

المطلقـة الرجعيـة الذى يحصل به الرجوع و يدل عليه ما تقدم فى أدلة بيع الخيار بشـرط رد الثمن من كون نماء المبيع للمشترى و تلفه منه فيكشف ذلك عن ثبوت اللزوم و هو الملك إلا أن يلتزم بعـدم كون ذلك من اشتراط الخيار بل من باب اشتراط انفساخ البيع برد الثمن و قـد تقـدم فى مسألـة بيع الخيار بيان هـذا الاحتمال و ما يشـهد له من بعض العنوانات لكن تقـدم أنه بعيد فى الغاية أو يقال إن النماء فى مورد الروايـة نماء المبيع فى زمان لزوم البيع لأن الخيار يحدث برد مثل الثمن و إن ذكرنا فى تلك المسألة أن الخيار فى بيع الخيار المعنون عنـد الأصـحاب ليس مشـروطا حـدوثه بالرد فى أدلـة بيع الخيار إلا أن الرواية قابلة للحمل عليه إلا أن يتمسك بإطلاقه الشامـل لمـا إذا جعـل الخيـار من أول العقـد فى فسخه مقيـدا برد مثـل الثمن هـذا مع أن الظـاهر أن الشـيخ يقول بـالتوقف فى الخيار المنفصل أيضا

[الاستدلال للقول المشهور بالأخبار الواردة فى العينة و المناقشة فيه]

و ربما يتمسك بالأخبار الواردة فى العينة- و هى أن يشترى الإنسان شيئا بنسيئة ثم يبيعه بأقل منه فى ذلك المجلس نقدا لكنه لا دلالة لهـا من هـذه الحيثيـة لأـن بيعهـا على بائعها الأول و إن كان فى خيار المجلس أو الحيوان إلا أن بيعه عليه مسـقط لخيارهما اتفاقا و قد صرح الشـيخ فى المبسـوط بجـواز ذلـك مع منعه عن بيعه على غير صـاحبه فى المجلس نعم بعض هـذه الأخبـار يشـتمل على فقرات يستأنس بهـذا لمذهب المشـهور مثل صـحيح يسار بن يسار عن الرجل يبيع المتاع و يشتريه من صاحبه الذى يبيعه منه قال نعم لا بأس به: قلت أشترى متـاعى فقـال ليس هو متاعـك و لاـ بقرك و لاـ غنمـك فإن فى ذيلها دلالـة على انتقال المبيع قبل انقضاء الخيار و لا استيناس بها أيضا عند التأمل لما عرفت من أن هذا البيع جائز عند القائل بالتوقف لسـقوط خيارهما بالتواطى على هذا البيع كما عرفت التصـريح به من المبسوط و يـذب بذلك عن الإشـكال المتقدم نظيره سابقا من أن الملك إذا حصل بنفس البيع الثانى مع أنه موقوف على الملك للزم الـدور الوارد على من صـحح البيع الذى يتحقق به الفسخ و حينئذ فيمكن أن يكون سؤال السائل بقوله اشترى متاعى من جهـة ركوز مـذهب الشـيخ عنـدهم من عـدم جواز البيع قبـل الاـفتراق و يكون جواب الإمـام ع مبنيا على جواز بيعه على البائع لأن تواطؤهمـا على البيع الثـانى إسـقاط للخيار من الطرفين كما فى صـريح المبسوط. فقوله ليس هو متاعك إشارة إلى أن ما ينتقل إليك بالشراء إنما انتقل إليك بعد خروجه عن ملك بتواطئكما على المعاملة الثانية المسقط لخيار كما لا بنفس العقد و هذا المعنى فى غاية الوضوح لمن تأمل فى فقه المسألة ثم لو سلم ما ذكر من الدلالة و الاستيناس لم يدفع به إلا القول بالنقل دون الكشف كما لا يخفى و مثل هذه الرواية فى عدم الدلالة و الاستيناس صـحيحة محمد بن مسـلم: عن رجل أتاه رجل فقال ابتع لى متاعا لعلى أشتريه منك بنقد أو بنسـيئة فابتاعه الرجل من أجله قال ليس به بأس إنما يشتريه منه بعد ما يملكه فإن الظاهر أن قوله إنما يشتريه إلخ إشارة إلى أن هذا ليس من بيع ما ليس عنـده و أن بيعه لم يكن قبل استيجاب البيع مع الأول فقوله بعد ما يملكه إشارة إلى استيجاب العقد مع الأول كما يظهر من قولهم ع فى أخبـار أخر واردة فى هـذه المسألـة و لاـ توجب البيع قبل أن تسـتوجبه مع أن الغالب فى مثل هـذه المعاملة قيام الرجل إلى مكان غيره ليأخذ منه المتاع و رجوعه إلى منزله لبيعه من صاحبه الذى طلب منه ذلك فيلزم العقد الأول بالتفرق و لو فرض اجتماعهما فى مجلس واحد كان تعريضه للبيع ثانيا بحضور البائع دالا عرفا على سقوط خياره و يسقط خيار المشترى بالتعريض للبيع و بالجملة ليس فى قوله بعد ما يملكه دلالة على أن تملكه بنفس العقد مع أنها على تقدير الدلالة تدفع النقل لا الكشف كما لا يخفى

[ضعف ما استدل به فى التذكرة أيضا]

و نحوه فى الضـعف الاسـتدلال فى التـذكرة بمـا دل على مـال العبـد المشترى لمشتريه مطلقا أو مع الشـرط أو علم البائع من غير تقييد بانقضاء الخيار إذ فيه أن الكلام مسوق لبيان ثبوت المال للمشترى على نحو ثبوت العبـد له و أنه يـدخل فى شـراء العبد حتى إذا ملك العبـد ملـك ماله مع أن الشـيخ لم يثبت منه هـذا القول فى الخيار المختص بالمشترى و التمسك بإطلاق الروايات لما إذا شـرط البائع

الخیار کما تری

[أشد ضعفا من الکل]

و أشـد ضـعفا من الکل ما قیل من أن المقصود للمتعاقـدین و الـذی وقع التراضـی علیه انتقال کل من الثمن و المثمن حال العقد فهذه المعاملهٔ إما صـحیحهٔ کذلک کما عند المشهور فثبت المطلوب أو باطلهٔ من أصلها أو أنها صحیحهٔ إلا أنها علی غیر ما قصداه و تراضیا علیه. توضیـح الضـعف أن مـدلول العقـد لیس هو الانتقـال من حین العقـد لکن الإنشاء لما کان علهٔ لتحقق المنشیء عنـد تحققه کان الداعی علی الإنشاء حصول المنشـیء عنده لکن العلیهٔ إنما هو عند العرف فلا ینافی کونه فی الشرع سببا محتاجا إلی تحقق شرائط أخر بعـده کالقبض فی السـلم و الصـرف و انقضاء الخیار فی محل الکلام فالعقـد مدلوله مجرد التملیک و التملک مجردا عن الزمان لکنه عرفا علهٔ تامهٔ لمضـمونه و إمضاء الشارع له تابع لمقتضـی الأدلهٔ فلیس فی تأخیر الإمضاء تخلف أثر العقد عن المقصود المدلول علیه بالعقد و إنما فیه التخلف عن داعی المتعاقدین و لا ضرر فیه و قد تقدم الکلام فی ذلک فی مسألهٔ کون الإجازهٔ کاشفهٔ أو ناقلهٔ

[الاستدلال بروایهٔ الخراج بالضمان و المناقشهٔ فیه]

و قـد یسـتدل أیضا بالنبوی المشـهور المذکور فی کتب الفتوی للخاصهٔ و العامهٔ علی جههٔ الاسـتناد إلیه و هو أن الخراج بالضـمان بناء علی أن المبیع فی زمـان الخیـار المشترک أو المختص بالبـائع فی ضـمان المشتری فخراجه له و هی علامـهٔ ملکه و فیه أنه لم یعلم من القائلین بتوقف الملک علی انقضاء الخیار القول بکون ضمانه علی المشتری حتی یکون نماؤه له.

[العمدهٔ فی قول المشهور]

و قد ظهر بما ذکرنا أن العمدهٔ فی قول المشهور عموم أدلهٔ حل البیع و

المکاسب، ج۳، ص ۳۰۰

التجارهٔ عن تراض و أخبار الخیار

و استدل للقول الآخر- بما دل علی کون تلف المبیع من مال البائع فی زمان الخیار

اشارهٔ

فیدل بضـمیمهٔ قاعدهٔ کون التلف عن المالک لأنه مقابل الخراج علی کونه فی ملک البائع مثل صـحیحهٔ ابن سـنان: عن الرجل یشتری العبد أو الدابهٔ بشرط إلی یوم أو یومین فیموت العبد أو الدابهٔ أو یحدث فیه حدث علی من ضمان ذلک فقال علی البائع حتی ینقضی الشـرط ثلاثهٔ أیام و یصـیر المبیع للمشتری شرط له البائع أو لم یشترط قال و إن کان بینهما شرط أیاما معدودهٔ فهلک فی ید المشتری فهو من مال البائع و روایـهٔ عبـد الرحمن بن أبی عبد الله قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل اشتری أمهٔ من رجل بشـرط یوما أو یومین فماتت عنده و قد قطع الثمن علی من یکون ضـمان ذلک قال لیس علی الذی اشتری ضمان حتی یمضی شرطه و مرسلهٔ ابن رباط: إن حـدث فی الحیوان حـدث قبل ثلاثـهٔ أیام فهو من مال البائع و النبوی المروی فی قرب الإسـناد: فی العبـد المشتری بشـرط فیموت قال یستحلف بالله ما رضیه ثم هو بریء من الضمان

[المناقشهٔ فی الاستدلال المذکور]

و هذه الأخبار إنما تجدى فى مقابل من ينكر تملك المشترى مع اختصاص الخيار و قد عرفت أن ظاهر المبسوط فى باب الشفعة ما حكاه عنه فى الدروس من القطع بتملك المشترى مع اختصاص الخيار و كذلك ظاهر العبارة المتقدمة عن الجامع و على أى حال فهذه الأخبار إما أن تجعل مخصصة لأدلة المشهور بضميمة قاعدة تلازم الملك و الضمان أو لقاعدة التلازم بضميمة أدلة المسألة- فيرجع بعد التكافؤ إلى أصالة عدم حدوث الملك بالعقد قبل انقضاء الخيار و لكن هذا فرع التكافؤ المفقود فى المقام من جهات أعظمها الشهرة المحققة المؤيدة بالإجماع المحكى عن السرائر

[هل القول بالتوقف يشمل الخيار المنفصل]

ثم إن مقتضى إطلاق ما تقدم من عبارتى المبسوط و الخلاف من كون الخلاف فى العقد المقيد بشرط الخيار عمومه للخيار المنفصل عن العقد كما إذا شرط الخيار من الغد كما أن مقتضى تخصيص الكلام بالعنوان المذكور عدم شموله لخيار غير الشرط و الحيوان الذى يطلق عليه الشرط أيضا فخيار العيب و الغبن و الرؤية و التدليس الظاهر عدم جريان الخلاف فيها.

[اختصاص محل الكلام بخيارى الحيوان و الشرط]

و مما يدل على الاختصاص أن ما ذكر من الأدلة مختصة بالخيارين و أن الظاهر من لفظ الانقضاء فى تحريرات محل الخلاف انقطاع الخيار الزمانى و أما خيار المجلس فالظاهر دخوله فى محل الكلام لنص الشيخ بذلك فى عبارته المتقدمة عنه فى باب الشفعة و لقوله فى الاستبصار إن العقد سبب لاستباحة الملك إلا أنه مشروط بأن يتفرقا بالأبدان و لا يفسخا العقد و لنص الشيخ فى الخلاف و المبسوط على أن التفرق كانقضاء الخيار فى لزوم العقد به و مراده من اللزوم تحقق علة الملك لا مقابل الجواز كما لا يخفى مع أن ظاهر عبارة الدروس المتقدمة فى مأخذ هذا الخلاف أن كل خيار يمنع من التصرف فى المبيع فهو داخل فيما يتوقف الملك على انقضائه و كذلك العبارة المتقدمة فى عنوان هذا الخلاف عن الجامع. و قد تقدم عن الشيخ فى صرف المبسوط أن خيار المجلس مانع عن التصرف فى أحد العوضين و من ذلك يظهر وجه آخر لخروج خيار العيب و إخوته عن محل الكلام فإن الظاهر عدم منعها من التصرف فى العوضين قبل ظهورها فلا بد أن يقول الشيخ باللزوم و الملك قبل الظهور و الخروج عن الملك بعد الظهور و تنجز الخيار و هذا غير لائق بالشيخ فثبت أن دخولها فى محل الكلام مستلزم إما لمنع التصرف فى موارد هذا الخيار و إما للقول بخروج المبيع عن الملك بعد دخوله و كلاهما غير لائق بالالتزام مع أن كلام العلامة فى المختلف كالصريح فى كون التملك بالعقد اتفاقيا فى المعيب لأنه ذكر فى الاستدلال أن المقتضى للملك موجود و الخيار لا يصلح للمنع كما فى بيع العيب و ذكر أيضا أنه لا منافاة بين الملك و الخيار كما فى المعيب و قد صرح الشيخ قدس سره فى المبسوط أيضا بأنه إذا اشترى شيئا فحصل منه نماء ثم وجد به عيبا رده دون نمائه محتجا بالإجماع و بالنبوى: الخراج بالضمان و سيجىء تتمة ذلك إن شاء الله تعالى.

مسألة و من أحكام الخيار كون المبيع فى ضمان من ليس له الخيار فى الجملة

اشارة

على المعروف بين القائلين بتملك المشترى بالعقد و توضيح هذه المسألة أن الخيار إذا كان للمشترى فقط من جهة الحيوان فلا

إشكال و لا خلاف فى كون المبيع فى ضمان البائع- و يدل عليه ما تقدم فى المسألة السابقة من الأخبار- و كذلك الخيار الثابت له من جهة الشرط بلا خلاف فى ذلك لقوله ع فى ذيل صحيحة ابن سنان: و إن كان بينهما شرط أياما معدودة فهلك فى يد المشترى فهو من مال بائعه و لو كان للمشترى فقط خيار المجلس دون البائع فظاهر قوله ع: حتى ينقضى شرطه و يصير المبيع للمشترى كذلك بناء على أن المناط انقضاء الشرط الذى تقدم أنه يطلق على خيار المجلس فى الأخبار بل ظاهره أن المناط فى رفع ضمان البائع صيرورة المبيع للمشترى و اختصاصه به بحيث لا يقدر على سلبه عن نفسه و إلى هذا المناط ينظر تعليل هذا الحكم فى السرائر حيث قال فكل من كان له خيار فالمتاع يهلك من مال من ليس له خيار لأنه قد استقر عليه العقد و الذى له الخيار ما استقر عليه العقد و لزم فإن كان الخيار للبائع دون المشترى و كان المتاع قد قبضه المشترى و هلك فى يده كان هلاكه من مال المشترى دون البائع لأن العقد مستقر عليه و لازم من جهته

[قاعدة التلف فى زمان الخيار ممن لا خيار له]

و من هنا يعلم أنه يمكن بناء على فهم هذا المناط طرد الحكم فى كل خيار فتثبت القاعدة المعروفة من أن التلف فى زمن الخيار ممن لا خيار له من غير فرق بين أقسام الخيار و لا بين الثمن و المثمن كما يظهر من كلمات غير واحد من الأصحاب بل نسبه جماعة إلى إطلاق الأصحاب.

[كلمات الفقهاء فى المسألة]

اشارة

قال فى الدروس فى أحكام القبض و بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض إذا لم يكن له خيار انتهى فإن ظاهره كفاية مطلق الخيار للمشترى فى عدم ضمان المشترى للمبيع المقبوض و نحوه كلامه قدس سره فى اللمعة و فى جامع المقاصد فى شرح قول المصنف و لو ماتت الشاة المصراة أو الأمة المدلسة فلا شيء له و كذا لو تعيبت عنده قبل علمه بالتدليس قال و تقييد الحكم بما قبل العلم غير ظاهر لأن العيب إذا تجدد بعد علمه يكون كذلك إلا أن يقال إنه غير مضمون عليه الآن لثبوت خياره و لم أظفر فى كلام المصنف و غيره بشيء فى ذلك انتهى. و قال فى شرح قول المصنف قدس سره و لا يسقط الخيار بتلف العين مقتضى إطلاق كلامهم أنه لو تلف المبيع مع خيار الغبن للمشترى انفسخ البيع لاختصاص الخيار بالمشترى ثم تردد فيه و فى خيار الرؤية و فى المسالك فى مسألة أن العيب الحادث يمنع من الرد بالعيب القديم و أن الحادث فى أيام خيار الحيوان مضمون على البائع قال و كذا كل خيار مختص بالمشترى و عن مجمع البرهان

المكاسب، ج۳، ص ۳۰۱

فى مسألة أن تلف المبيع بعد الثلاثة مع خيار التأخير من البائع استنادا إلى عموم قاعدة تلف المال قبل القبض أن هذه القاعدة معارضة بقاعدة أخرى و هى أن تلف المال فى الخيار المختص بالبائع من مال المشترى فإن الظاهر من جعل هذه قاعدة كونها مسلمة بين الأصحاب و صرح بنحو ذلك المحقق جمال الدين فى حاشية الروضة و استظهر بعد ذلك اختصاصه بما بعد القبض معترفا بعمومها من جهات أخرى

[ظاهر هذه الكلمات عدم الفرق بين أقسام الخيار و لا بين الثمن و المثمن]

و ظاهر هذه الکلمات عدم الفرق بین أقسام الخیار و لا بین الثمن و المثمن و لا بین الخیار المختص بالبائع و المختص بالمشتری و لذا نفی فی الریاض الخلاف فی أن التلف فی مدة الخیار ممن لا خیار له و فی مفتاح الکرامۀ أن قولهم التلف فی مدة الخیار ممن لا خیار له قاعدة لا خلاف فیها ثم ذکر فیه تبعا للریاض أن الحکم فی بعض أفراد المسألۀ مطابق للقاعدة

[الإنصاف عدم شمول کلماتهم لمطلق الخیار]

لکن الإنصاف أنه لم یعلم من حال أحد من معتبری الأصحاب الجزم بهذا التعمیم فضلا عن اتفاقهم علیه فإن ظاهر قولهم التلف فی زمان الخیار هو الخیار الزمانی و هو الخیار الذی ذهب جماعۀ إلی توقف الملک علی انقضائه لا مطلق الخیار لیشمل خیار الغبن و الرؤیۀ و العیب و نحوها أ لا تری أنهم اتفقوا علی أنه إذا مات المعیب لم یکن مضمونا علی البائع و لو کان الموت بعد العلم بالعیب أ لا تری أن المحقق الثانی ذکر أن الاقتصاص من العبد الجانی إذا کان فی خیار المشتری کان من ضمان البائع و أما ما نقلنا عنه سابقا فی شرح قوله و لو تعیب قبل علمه بالتدلیس فهو مجرد احتمال حیث اعترف فیه بأنه لم یظفر علی شیء مع أنه ذکر فی شرح قول المصنف فی باب العیوب و کل عیب تجدد فی الحیوان بعد القبض و قبل انقضاء الخیار فإنه لا یمنع الرد فی الثلاثۀ نفی ذلک الاحتمال علی وجه الجزم حیث قال الخیار الواقع فی العبارة یراد به خیار الحیوان و کذا کل خیار یختص بالمشتری کخیار الشرطۀ له و هل خیار الغبن و الرؤیۀ کذلک یبعد القول به خصوصا علی القول بالفوریۀ لا خیار العیب لأن العیب الحادث یمنع من الرد بالعیب القدیم قطعا انتهی و من ذلک یعلم حال ما نقلناه عنه فی خیار الغبن فلم یبق فی المقام ما یجوز الرکون إلیه إلا ما أشرنا إلیه من أن مناط خروج المبیع عن ضمان البائع علی ما یستفاد من قوله ع: حتی ینقضی شرطه و یصیر المبیع للمشتری هو انقضاء خیار المشتری الذی یطلق علیه الشرط فی الأخبار و صیرورة المبیع مختصا بالمشتری لازما علیه بحیث لا یقدر علی سلبه عن نفسه فیدل علی أن کل من له شرط و لیس المعوض الذی وصل إلیه لازما علیه فهو غیر ضامن له حتی ینقضی شرطه و یصیر مختصا به لازما علیه

[عدم شمول صحیحۀ ابن سنان لمطلق الخیار أیضا]

و فی الاعتماد علی هذا الاستظهار تأمل فی مقابلۀ القواعد مع أنه یمکن منع دلالۀ هذا المناط المستنبط علیه لأن ظاهر الصحیحۀ الاختصاص بما کان التزلزل و عدم کون المبیع لازما علی المشتری ثابتا من أول الأمر کما یظهر من لفظۀ حتی الظاهرة فی الابتداء و هذا المعنی مختص بخیار المجلس و الحیوان و الشرط و لو کان منفصلا بناء علی أن البیع متزلزل و لو قبل حضور زمان الشرط و لذا ذکرنا جریان الخلاف فی المسألتین السابقتین فیه. و أما الغبن و العیب و الرؤیۀ و تخلف الشرط و تفلیس المشتری و تبعض الصفقۀ فهی توجب التزلزل عند ظهورها بعد لزوم العقد. و الحاصل أن ظاهر الروایۀ استمرار الضمان الثابت قبل القبض إلی أن یصیر المبیع لازما علی المشتری و هذا مختص بالبیع المتزلزل من أول الأمر فلا یشمل التزلزل المسبوق باللزوم بأن یکون المبیع فی ضمان المشتری بعد القبض ثم یرجع بعد عروض التزلزل إلی ضمان البائع فاتضح بذلک أن الصحیحۀ مختصۀ بالخیارات الثلاثۀ علی تأمل فی خیار المجلس

ثم إن مورد هذه القاعدة إنما هو ما بعد القبض

و أما قبل القبض فلا إشکال و لا خلاف فی کونه من البائع من غیر التفات إلی الخیار فلا تشمل هذه القاعدة خیار التأخیر.

و أما عموم الحكم للثمن و المثمن

بأن يكون تلف الثمن فى مدة خيار البائع المختص به من مال المشترى فهو غير بعيد نظرا إلى المناط الذى استفدناه- و يشمله ظاهر عبارة الدروس المتقدمة مضافا إلى استصحاب ضمان المشترى له الثابت قبل القبض و توهم عدم جريانه مع اقتضاء القاعدة كون الضمان من مال المالك خرج منه ما قبل القبض مدفوع بأن الضمان الثابت قبل القبض و بعده فى مدة الخيار ليس مخالفا لتلك القاعدة لأن المراد به انفساخ العقد و دخول العوض فى ملك صاحبه الأصلى و تلفه من ماله نعم هو مخالف لأصالة عدم الانفساخ و حيث ثبت المخالفة قبل القبض فالأصل بقاؤها بعد القبض فى مدة الخيار نعم يبقى هنا أن هذا مقتضى لكون تلف الثمن فى مدة خيار البيع الخيارى من المشترى- فينفسخ البيع و يرد المبيع إلى البائع و التزام عدم الجريان من حيث إن الخيار فى ذلك البيع إنما يحدث بعد رد الثمن أو مثله فتلف الثمن فى مدة الخيار إنما يتحقق بعد رده قبل الفسخ لا قبله مدفوع بما أشرنا إليه سابقا من منع ذلك مع أن المناط فى ضمان غير ذى الخيار لما انتقل عنه إلى ذى الخيار تزلزل البيع المتحقق و لو بالخيار المنفصل كما أشرنا سابقا

[جريان القاعدة إذا كان الثمن شخصيا]

فالأولى الالتزام بجريان هذه القاعدة إذا كان الثمن شخصيا- بحيث يكون تلفه قبل قبضه موجبا لانفساخ البيع فيكون كذلك بعد القبض مع خيار البائع و لو منفصلا عن العقد.

[إذا كان الثمن أو المثمن كليا]

و أما إذا كان الثمن كليا فحاله حال المبيع إذا كان كليا كما إذا اشترى طعاما كليا بشرط الخيار له إلى مدة فقبض فردا منه فتلف فى يده فإن الظاهر عدم ضمانه على البائع لأن مقتضى ضمان المبيع فى مدة الخيار على من لا خيار له على ما فهمه غير واحد بقاؤه على ما كان عليه قبل القبض و دخول الفرد فى ملك المشترى لا يستلزم انفساخ العقد بل معنى الضمان بالنسبة إلى الفرد صيرورة الكلى كغير المقبوض و هذا مما لا يدل عليه الأخبار المتقدمة فتأمل.

[ظاهر كلام الأصحاب أن المراد بضمان من لا خيار له انفساخ العقد]

ثم إن ظاهر كلام الأصحاب و صريح جماعة منهم كالمحقق و الشهيد الثانيين أن المراد بضمان من لا خيار له لما انتقل إلى غيره هو بقاء الضمان الثابت قبل قبضه- و انفساخ العقد آنا ما قبل التلف و هو الظاهر أيضا من قول الشهيد قدس سره فى الدروس و بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض ما لم يكن له خيار حيث إن مفهومه أنه مع خيار القابض لا ينتقل الضمان إليه بل يبقى على ناقله الثابت قبل القبض. و قد عرفت أن معنى الضمان قبل القبض هو تقدير انفساخ العقد و تلفه فى ملك ناقله بل هو ظاهر القاعدة و هى أن التلف فى مدة الخيار ممن

المكاسب، ج۳، ص ۳۰۲

لا- خيار له فإن معنى تلفه منه تلفه مملوكا له مع أن ظاهر الأخبار المتقدمة الدالة على ضمان البائع للمبيع فى مدة خيار المشترى بضميمة قاعدة عدم ضمان الشخص لما يتلف فى ملك مالكه و قاعدة التلازم بين الضمان و الخراج فإنا إذا قدرنا المبيع فى ملك البائع آنا ما لم يلزم مخالفة شىء من القاعدتين. و الحاصل أن إرادة ما ذكرنا من الضمان مما لا ينبغى الريب فيها

[ظاهر الدروس عدم الانفساخ]

و مع ذلک کله فظاهر عبارة الدروس فی الفرع السادس من فروع خیار الشرط یوهم بل یدل علی عدم الانفساخ قال قدس سره لو تلف المبیع قبل قبض المشتری بطل البیع و الخیار و بعده لا یبطل الخیار و إن کان التلف من البائع کما إذا اختص الخیار بالمشتری فلو فسخ البائع رجع بالبدل فی صورة عدم ضمانه و لو فسخ المشتری رجع بالثمن و غرم البدل فی صورة ضمانه و لو أوجبه المشتری فی صورة التلف قبل القبض لم یؤثر فی تضمین البائع القیمة أو المثل و فی انسحابه فیما لو تلف بیده فی خیاره نظر انتهی و العبارة محتاجة إلی التأمل من وجوه.

[ظاهر التذکرة أیضا عدم الانفساخ]

و قد یظهر ذلک من إطلاق عبارة التذکرة قال لو تلف المبیع بآفة سماویة فی زمن الخیار فإن کان قبل القبض انفسخ البیع قطعا و إن کان بعده لم یبطل خیار المشتری و لا البائع و یجب القیمة علی ما تقدم ثم حکی عن الشافعیة وجهین فی الانفساخ بعد القبض و عدمه بناء علی الملک بالعقد و یمکن حمله علی الخیار المشترک کما أن قوله فی القواعد لا یسقط الخیار بتلف العین محمول علی غیر صورة ضمان البائع للمبیع لما عرفت من تعین الانفساخ فیها و ربما یحتمل أن معنی قولهم إن التلف ممن لا خیار له أن علیه ذلک إذا فسخ صاحبه لا أنه ینفسخ کما فی التلف قبل القبض و أما حیث یوجب المشتری فیحتمل أنه یتخیر بین الرجوع علی البائع بالمثل أو القیمة و بین الرجوع بالثمن و یحتمل تعین الرجوع بالثمن و یحتمل أن لا یرجع بشیء فیکون معنی له الخیار أن له الفسخ.

[لو کان التالف هو البعض]

ثم الظاهر أن حکم تلف البعض حکم تلف الکل- و کذا حکم تلف الوصف الراجع إلی وصف الصحة بلا خلاف علی الظاهر لقوله فی الصحیحة السابقة: أو یحدث فیه حدث فإن المراد بالحدث أعم من فوات الجزء و الوصف

[إذا کان التلف بالإتلاف]

هذا کله إذا تلف بآفة سماویة و منها حکم الشارع علیه بالإتلاف- و أما إذا کان بإتلاف ذی الخیار سقط به خیاره و لزم العقد من جهته و إن کان بإتلاف غیر ذی الخیار لم یبطل خیار صاحبه فیتخیر بین إمضاء العقد و الرجوع بالقیمة و الفسخ و الرجوع بالثمن

[لو کان الإتلاف من الأجنبی]

و إن کان بإتلاف أجنبی تخیر أیضا بین الإمضاء و الفسخ و هل یرجع حینئذ بالقیمة إلی المتلف أو إلی صاحبه أو یتخیر وجوه من أن البدل القائم مقام العین فی ذمة المتلف فیسترده بالفسخ و لأن الفسخ موجب لرجوع العین قبل تلفها فی ملک الفاسخ أو لاعتبارها عند الفسخ ملکا تالفا للفاسخ بناء علی الوجهین فی اعتبار یوم التلف أو یوم الفسخ و علی التقدیرین فهی فی ضمان المتلف کما لو کانت العین فی ید الأجنبی و من أنه إذا دخل الثمن فی ملک من تلف المثمن فی ملکه خرج عن ملکه بدل المثمن و صار فی ذمته لأن

ضمان المتلف محله الذمة لا الأمور الخارجية و ما فی ذمة المتلف إنما تشخص مالا للمالک و کونه بدلا عن العین إنما هو بالنسبة إلی التلف من حیث وجوب دفعه إلی المالک کالعین لو وجدت لا أنه بدل خارج یترتب علیه جمیع أحکام العین حتی بالنسبة إلی غیر التلف فهذا البدل نظیر بدل العین لو باعها المشتری ففسخ البائع فإنه لا یتعین للدفع إلی الفاسخ و أما الفسخ فهو موجب لرجوع العین قبل تلفها مضمونة لمالکها علی متلفها بالقیمة فی ملک الفاسخ فیکون تلفها بهذا الوصف مضمونا علی المالک لا المتلف و من کون ید المفسوخ علیه ید ضمان بالعوض قبل الفسخ و بالقیمة بعده و إتلاف الأجنبی أیضا سبب للضمان فیتخیر فی الرجوع و هذا أضعف الوجوه

مسألة و من أحکام الخیار [هل یسقط الخیار بتلف العین]

ما ذکره فی التذکرة فقال لا یجب علی البائع تسلیم المبیع و لا علی المشتری تسلیم الثمن فی زمان الخیار و لو تبرع أحدهما بالتسلیم لم یبطل خیاره و لا یجبر الآخر علی تسلیم ما عنده و له استرداد المدفوع قضیة للخیار و قال بعض الشافعیة لیس له استرداده و له أخذ ما عند صاحبه بدون رضاه کما لو کان التسلیم بعد لزوم البیع انتهی و یظهر منه أن الخلاف بین المسلمین إنما هو بعد اختیار أحدهما التسلیم و أما التسلیم ابتداء فلا یجب من ذی الخیار إجماعا ثم إنه إن أرید عدم وجوب التسلیم علی ذی الخیار من جهة أن له الفسخ فلا یتعین علیه التسلیم فمرجعه إلی وجوب أحد الأمرین علیه و الظاهر أنه غیر مراد و إن أرید عدم تسلط المالک علی ما انتقل إلیه إذا کان للناقل خیار فلذا یجوز منعه عن ماله ففیه نظر من جهة عدم الدلیل المخصص لعموم سلطنة الناس علی أموالهم. و بالجملة فلم أجد لهذا الحکم وجها معتمدا و لم أجد من عنونه و تعرض لوجهه.

مسألة [هل یسقط الخیار بتلف العین]

اشارة

قال فی القواعد لا یبطل الخیار بتلف العین و هذا الکلام لیس علی إطلاقه کما اعترف به فی جامع المقاصد فإن من جملة أفراد الخیار خیار التأخیر بل مطلق الخیار قبل القبض أو الخیار المختص بعده و من المعلوم أن تلف العین حینئذ موجب لانفساخ العقد فلا یبقی خیار فیکون المراد التلف مع بقاء العقد علی حاله لا یوجب سقوط الخیار و بعبارة أخری تلف العین فی ملک من فی یده لا یسقط به خیاره و لا خیار صاحبه و هو کذلک لأن الخیار کما عرفت عبارة عن ملک فسخ العقد و معلوم أن العقد بعد التلف قابل للفسخ و لذا یشرع الإقالة حینئذ اتفاقا فلا مزیل لهذا الملک بعد التلف و لا مقید له بصورة البقاء اللهم إلا أن یعلم من الخارج أن شرع الخیار لدفع ضرر الصبر علی نفس العین فینتفی هذا الضرر بتلف العین کما فی العیب فإن تخیره بین الرد و الأرش لأن الصبر علی العیب ضرر و لو مع أخذ الأرش فتدارکه الشارع بملک الفسخ و الرد فإذا تلف انتفی حکمة الخیار أو یقال إنه إذا کان دلیل الخیار معنونا بجواز الرد لا بالخیار اختص ثبوت الخیار بصورة تحقق الرد المتوقف علی بقاء العین هذا مع قیام الدلیل علی سقوط الخیار بتلف المعیب و المدلس فیه فلا یرد عدم اطراد تلک الحکمة.

[مواضع التردد فی ثبوت الخیار مع التلف]

اشارة

نعم هنا موارد تأملوا فی ثبوت الخیار مع التلف أو یظهر منهم العدم

[ما ذکره العلامهٔ]

کما تردد العلامهٔ قدس سره فی باب المرابحهٔ فیما لو ظهر کذب البائع مرابحهٔ فی إخباره برأس المال بعد تلف المتاع بل عن المبسوط و بعض آخر الجزم بالعدم- نظرا إلی أن الرد إنما یتحقق مع بقاء العین و فیه إشارهٔ إلی ما ذکرنا من أن الثابت هو جواز الرد فیختص الفسخ بصورهٔ تحققه لکن قوی فی المسالک و جامع

المکاسب، ج۳، ص ۳۰۳

المقاصد ثبوت الخیار لوجود المقتضی و عدم المانع

[ما ذکره المحقق الثانی]

و کما تردد المحقق الثانی فی سقوط خیار الغبن بتلف المغبون فیه و ظاهر تعلیل العلامهٔ فی التذکرهٔ عدم الخیار مع نقل المغبون العین عن ملکه بعدم إمکان الاستدراک حینئذ هو عدم الخیار مع التلف و الأقوی بقاؤه لأن العمدهٔ فیه نفی الضرر الذی لا یفرق فیه بین بقاء العین و عدمه مضافا إلی إطلاق قوله ع:

و هم بالخیار إذا دخلوا السوق مع أنه لو استند إلی الإجماع أمکن التمسک بالاستصحاب إلا أن یدعی انعقاده علی التسلط علی الرد فیختص بصورهٔ البقاء و الحق فی جامع المقاصد بخیار الغبن فی التردد خیار الرؤیهٔ.

و من مواضع التردد ما إذا جعل المتعاقدان الخیار

علی وجه إرادتهما التسلط علی مجرد الرد المتوقف علی بقاء العین فإن الفسخ و إن لم یتوقف علی بقاء العین إلا أنه إذا فرض الغرض من الخیار الرد أو الاسترداد فلا یبعد اختصاصه بصورهٔ البقاء و التمکن من الرد و الاسترداد و إن کان حکمه فی خیاری المجلس و الحیوان إلا أن الحکم أعم موردا من الحکمهٔ إذا کان الدلیل یقتضی العموم بخلاف ما إذا کان إطلاق جعل المتعاقدین مقیدا علی وجه التصریح به فی الکلام أو استظهاره منه بعد تعلق الغرض إلا بالرد أو الاسترداد و من هنا یمکن القول بعدم بقاء الخیار المشروط برد الثمن فی البیع الخیاری إذا تلف المبیع عند المشتری لأن الثابت من اشتراطهما هو التمکن من استرداد المبیع بالفسخ عند رد الثمن لا التسلط علی مطلق الفسخ المشروط مطلقا و لو عند التلف لکن لم أجد من التزم بذلک أو تعرض له و من هنا یمکن أن یقال فی هذا المقام و إن کان مخالفا للمشهور بعدم ثبوت الخیار عند التلف إلا فی موضع دل علیه الدلیل إذ لم تدل أدلهٔ الخیار من الأخبار و الإجماع- الأعلی التسلط علی الرد أو الاسترداد و لیس فیها التعرض للفسخ المتحقق مع التلف أیضا و إرادهٔ ملک الفسخ من الخیار غیر متعینهٔ فی کلمات الشارع لما عرفت فی أول باب الخیارات من أنه استعمال غالب فی کلمات بعض المتأخرین نعم لو دل الدلیل الشرعی علی ثبوت خیار الفسخ المطلق الشامل لصورهٔ التلف أو جعل المتبایعان بینهما خیار الفسخ بهذا المعنی ثبت مع التلف أیضا و الله العالم.

التلف أو جعل المتبایعان بینهما خیار الفسخ بهذا المعنی ثبت مع التلف أیضا و الله العالم.

مسألهٔ لو فسخ ذو الخیار فالعین فی یده مضمونهٔ

بلا خلاف علی الظاهر لأنها کانت مضمونهٔ قبل الفسخ إذ لم یسلمها ناقلها إلا فی مقابل العوض و الأصل بقاؤه إذ لم یتجدد ما یدل علی رضا مالکه بکونه فی ید الفاسخ أمانهٔ إذ الفسخ إنما هو من قبله. و الغرض من التمسک بضمانها قبل الفسخ بیان عدم ما یقتضی

کونها أمانة مالکیة أو شرعیة لیکون غیر مضمونة برضا المالک أو بجعل الشارع و إذن الشارع فی الفسخ لا یستلزم رفع الضمان عن الید کما فی القبض بالسوم و مرجع ذلک إلی عموم علی الید ما أخذت أو إلی أنها قبضت مضمونة فإذا بطل ضمانه بالثمن المسمی تعین ضمانه بالعوض الواقعی أعنی المثل أو القیمة کما فی البیع الفاسد هذا و لکن المسألة لا تخلو عن إشکال. و أما العین فی ید المفسوخ علیه ففی ضمانها أو کونها أمانة إشکال مما فی التذکرة من أنه قبضها قبض ضمان فلا یزول إلا بالرد إلی مالکها و من أن الفسخ لما کان من قبل الآخر فترکه العین فی ید صاحبه مشعر بالرضا به المقتضی للاستئمان و ضعفه فی جامع المقاصد بأن مجرد هذا لا یسقط الأمر الثابت و الله العالم

هذا بعض الکلام فی الخیارات و أحکامها و الباقی محمول إلی الناظر الخبیر بکلمات الفقهاء و الحمد لله و صلی الله علی محمد و آله

القول فی النقد و النسیئة

[أقسام البیع باعتبار تأخیر و تقدیم أحد العوضین]

قال فی التذکرة ینقسم البیع باعتبار التأخیر و التقدیم- فی أحد العوضین إلی أربعة أقسام بیع الحاضر بالحاضر و هو النقد و بیع المؤجل بالمؤجل و هو بیع الکالئ بالکالئ و بیع الحاضر بالثمن المؤجل و هی النسیئة و بیع المؤجل بالحاضر و هو السلم و المراد بالحاضر أعم من الکلی و بالمؤجل خصوص الکلی

مسألة إطلاق العقد یقتضی النقد

اشارة

و علله فی التذکرة بأن قضیة العقد انتقال کل من العوضین إلی الآخر فیجب الخروج عن العهدة متی طولب صاحبها فیکون المراد من النقد عدم حق للمشتری فی تأخیر الثمن و المراد المطالبة مع الاستحقاق بأن یکون قد بذل المثمن أو مکن منه علی الخلاف الآتی فی زمان وجوب تسلیم الثمن علی المشتری. و یدل علی الحکم المذکور أیضا الموثق: فی رجل اشتری من رجل جاریة بثمن مسمی ثم افترقا قال وجب البیع و الثمن إذا لم یکونا شرطا فهو نقد

فلو اشترطا تعجیل الثمن

کان تأکیدا لمقتضی الإطلاق علی المشهور- بناء علی ما هو الظاهر عرفا من هذا الشرط من إرادة عدم المماطلة و التأخیر عن زمان المطالبة لا أن یجعل بدفعه من دون مطالبة إذ لا یکون تأکیدا حینئذ لکنه خلاف متفاهم ذلک الشرط الذی هو محط نظر المشهور مع أن مرجع عدم المطالبة فی زمان استحقاقها إلی إلغاء هذا الحق المشترط فی هذا المقدار من الزمان

[فائدة اشتراط التعجیل]

و کیف کان فذکر الشهید رحمه الله فی الدروس أن فائدة الشرط ثبوت الخیار إذا عین زمان النقد فأخل المشتری به و قوی الشهید الثانی ثبوت الخیار مع الإطلاق أیضا یعنی عدم تعیین الزمان إذا أخل به فی أول وقته و هو حسن و لا یقدح فی الإطلاق عدم تعین زمان التعجیل لأن التعجیل المطلق معناه الدفع فی أول أوقات الإمکان عرفا و لا حاجة إلی تقیید الخیار هنا بصورة عدم إمکان الإجبار علی التعجیل لأن المقصود هنا ثبوت الخیار بعد فوات التعجیل أمکن إجباره به أم لم یمکن وجب أو لم یجب فإن مسألة أن ثمرة

الشرط ثبوت الخيار مطلقا أو بعد تعذر إجباره على الوفاء مسألة أخرى مضافا إلى عدم جريانها فى مثل هذا الشرط إذ قبل زمان انقضاء زمان نقد الثمن لا يجوز الإجبار و بعده لا ينفع لأنه غير الزمان المشروط فيه الأداء

مسألة يجوز اشتراط تأجيل الثمن مدة معينة

اشارة

غير محتملة مفهوما و لا مصداقا للزيادة و النقصان غير المسامح فيهما فلو لم يعين كذلك بطل بلا خلاف ظاهرا للغرر و لما دل فى السلم الذى هو عكس المسألة على وجوب تعيين الأجل و عدم جواز السلم إلى دياس أو حصاد

و لا فرق فى الأجل المعين بين الطويل و القصير

و عن الإسكافى المنع من التأخير إلى ثلاث سنين و قد يستشهد له بالنهى عنه فى بعض الأخبار مثل رواية أحمد بن محمد: قلت لأبى الحسن إنى أريد الخروج إلى بعض الجبال إلى أن قال إنا إذا بعناهم نسيئة كان أكثر للربح فقال فبعهم بتأخير سنة قلت بتأخير سنتين قال نعم قلت بتأخير ثلاث سنين قال لا. و المحكى عن قرب الإسناد عن البزنطى: أنه قال لأبى الحسن الرضا ع إن هذا الجبل قد فتح منه على الناس باب رزق فقال ع إذا أردت

المكاسب، ج۳، ص ۳۰۴

الخروج فاخرج فإنها سنة مضطربة و ليس للناس بد من معاشهم فلا تدع الطلب فقلت إنهم قوم ملاء و نحن نحتمل التأخير فنبايعهم بتأخير سنة قال بعهم قلت سنين قال بعهم قلت ثلاث سنين قال لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين. و ظاهر الخبرين الإرشاد لا التحريم فضلا عن الفساد-

و هل يجوز الإفراط فى التأخير

إذا لم يصل إلى حد يكون البيع منه سفها و الشراء أكلا للمال بالباطل فيه وجهان قال فى الدروس لو تمادى الأجل إلى ما لا يبقى إليه المتبايعان غالبا كألف سنة ففى الصحة نظر من حيث خروج الثمن عن الانتفاع به و من الأجل المضبوط و حلوله بموت المشترى و هو أقرب و ما قربه هو الأقرب لأن ما فى الذمة و لو كان مؤجلا بما ذكر مال يصح الانتفاع به فى حياته بالمعاوضة عليه بغير البيع بل و بالبيع كما اختاره فى التذكرة. نعم يبقى الكلام فى أنه إذا فرض حلول الأجل شرعا بموت المشترى كان اشتراط ما زاد على ما يحتمل بقاء المشترى إليه لغوا بل مخالفا للمشروع حيث إن الشارع أسقط الأجل بالموت و الاشتراط المذكور تصريح ببقائه بعده فيكون فاسدا بل ربما كان مفسدا و إن أراد المقدار المحتمل للبقاء كان اشتراط مدة مجهولة فافهم.

ثم إن المعتبر فى تعيين المدة هل هو تعيينها فى نفسها

و إن لم يعرفها المتعاقدان فيجوز التأجيل إلى انتقال الشمس إلى بعض البروج كالنيروز و المهرجان و نحوهما- أم لا بد من معرفة المتعاقدين بهما حين العقد وجهان أقواهما الثانى- تبعا للدروس و جامع المقاصد لقاعدة نفى الغرر و ربما احتمل الاكتفاء فى ذلك بكون هذه الآجال مضبوطة فى نفسها كأوزان البلدان مع عدم معرفة المصداق حيث إنه له شراء وزنه مثلا بعبارة بلد مخصوص و إن لم يعرف مقدارها و ربما استظهر ذلك من التذكرة و لا يخفى ضعف منشأ هذا الاحتمال إذ المضبوطية فى نفسه غير مجد فى مقام

يشترط فيه المعرفة إذا المراد بالأجل غير القابل للزيادة و النقيصة ما لا يكون قابلا لهما حتى فى نظر المتعاقدين لا فى الواقع و لذا أجمعوا على عدم جواز التأجيل إلى موت فلان مع أنه مضبوط فى نفسه و ضبطه عند غير المتعاقدين لا يجدى أيضا و ما ذكر من قياسه على جواز الشراء بعيار بلد مخصوص لا نقول به بل المعين فيه البطلان مع الغرر عرفا كما تقدم فى شروط العوضين و ظاهر التذكرة اختيار الجواز حيث قال بجواز التوقيت بالنيروز و المهرجان لأنه معلوم عند العامة و كذا جواز التوقيت ببعض أعياد أهل الذمة إذا عرفه المسلمون لكن قال بعد ذلك و هل يعتبر معرفة المتعاقدين قال بعض الشافعية نعم و قال بعضهم لا يعتبر و يكتفى بمعرفة الناس و سواء اعتبر معرفتهما أولا و لو عرفا كفى انتهى ثم الأقوى اعتبار معرفة المتعاقدين و التفاتهما إلى المعنى حين العقد فلا يكفى معرفتهما به عند الالتفات و الحساب

مسألة لو باع بثمن حالا و بأزيد منه مؤجلا

اشارة

ففى المبسوط و السرائر و عن أكثر المتأخرين أنه لا يصح- و علله فى المبسوط و غيره بالجهالة كما لو باع إما هذا العبد و إما ذاك و يدل عليه أيضا ما رواه فى الكافى أنه ع قال: من ساوم بثمنين أحدهما عاجلا و الآخر نظرة فليسم أحدهما قبل الصفقة

[أدلة القول بالبطلان]

و يؤيده ما ورد من النهى عن شرطين فى بيع و عن بيعين فى بيع بناء عن تفسيرهما بذلك. و عن الإسكافى كما عن الغنية أنه روى عن النبى ص أنه قال: لا يحل صفقتان فى واحدة قال و ذلك بأن يقول إن كان بالنقد فبكذا و إن كان بالنسيئة فبكذا هذا إلا أن فى رواية محمد بن قيس المعتبرة أنه قال أمير المؤمنين ع: من باع سلعة و قال ثمنها كذا و كذا يدا بيد و كذا نظرة فخذها بأى ثمن شئت و جعل صفقتهما واحدة فليس له إلا أقلهما و إن كانت نظرة. و فى رواية السكونى عن جعفر عن أبيه عن آبائه: أن عليا ع قضى فى رجل باع بيعا و اشترط شرطين بالنقد كذا و بالنسيئة كذا فأخذ المتاع على ذلك الشرط فقال هو بأقل الثمنين و أبعد الأجلين فيقول ليس له إلا أقل النقدين إلى الأجل الذى أجله نسيئة و عن ظاهر جماعة من الأصحاب العمل بهما- و نسب إلى بعض هؤلاء القول بالبطلان

[كلمات الفقهاء فى المسألة]

فالأولى تبعا للمختلف الاقتصار على نقل عبارة كل هؤلاء من دون إسناد أحد القولين إليهم قال فى المقنعة لا يجوز البيع بأجلين على التخيير كقوله هذا المتاع بدرهم نقدا و بدرهمين إلى شهر أو سنة أو بدرهم إلى شهر و بدرهمين إلى شهرين فإن ابتاع إنسان شيئا على هذا الشرط كان عليه أقل الثمنين فى آخر الأجلين و هذا الكلام يحتمل التحريم و يحتمل الحمل على ما إذا تلف المبيع فإن اللازم مع فرض فساد البيع بالأقل الذى بيع به نقدا لأنه قيمة ذلك الشىء و معنى قوله فى آخر الأجلين أنه لا يزيد على الأقل و إن تأخر الدفع إلى آخر الأجلين أو المراد جواز التأخير لرضا البائع بذلك و يحتمل إرادة الكراهة كما عن ظاهر السيد قدس سره فى الناصريات- أن المكروه أن يبيع بثمنين بقليل إن كان الثمن نقدا و بأكثر إن كان نسيئة و يحتمل الحمل على فساد اشتراط زيادة الثمن مع تأخير الأجل لكن لا يفسد العقد كما سيجىء و عن الإسكافى أنه بعد ما تقدم عنه من النبوى الظاهر فى التحريم قال و لو عقد البائع للمشترى كذلك و جعل الخيار إليه لم أختر للمشترى أن يقدم على ذلك فإن فعل و هلكت السلعة لم يكن للبائع إلا أقل

الثمنين لإجازته البيع به و كان للمشترى الخيار فى تأخير الثمن الأقل إلى المدة التى ذكرها البائع بالثمن الأوفى من غير زيادة على الثمن الأقل. و فى النهاية فإن ذكر المتاع بأجلين و نقدين على التخيير مثل أن يقول بعتك هذا بدينار أو درهم عاجلا أو إلى شهر أو سنة أو بدينارين أو درهمين إلى شهر أو شهرين أو سنتين كان البيع باطلا فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين فى آخر الأجلين انتهى. و عن موضع من الغنية قد قدمنا أن تعليق البيع بأجلين و ثمنين كقوله بعت إلى مدة بكذا و إلى أخرى بكذا يفسده فإن تراضيا بإنفاذه كان للبائع أقل الثمنين فى أبعد الأجلين بدليل إجماع الطائفة و عن سلار و ما علق بأجلين و هو أن يقول بعتك هذه السلعة إلى عشرة أيام بدرهم و إلى شهرين بدرهمين كان باطلا غير منعقد و هو المحكى عن ابن الصلاح و عن القاضى من باع شيئا بأجلين على التخيير مثل أن يقول أبيعك هذا بدينار أو بدرهم عاجلا و بدرهمين أو دينار إلى شهر أو شهور أو سنة أو سنتين كان باطلا فإن أمضى البيعان ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين فى آخر الأجلين و قال

المكاسب، ج۳، ص ۳۰۵

فى المختلف بعد تقوية المنع و يمكن أن يقال إنه رضى بالثمن الأقل فليس له الأكثر فى البعيد و إلا لزم الربا إذ يبقى الزيادة فى مقابل تأخير الثمن لا غير فإذا صبر إلى البعيد لم يجب له الأكثر من الأقل انتهى و فى الدروس أن الأقرب الصحة و لزوم الأقل و يكون التأخير جائزا من طرف المشترى لازما من طرف البائع لرضاه بالأقل فالزيادة ربا و لذا ورد النهى عنه و هو غير مانع من صحة البيع انتهى. أقول لكنه مانع من لزوم الأجل من طرف البائع لأنه فى مقابل الزيادة الساقطة شرعا إلا أن يقال إن الزيادة ليست فى مقابل الأجل- بل هى فى مقابل إسقاط البائع حقه من التعجيل الذى يقتضيه العقد لو خلى و طبعه و الزيادة و إن كانت لكنه ربا كما سيجىء إلا أن فساد المقابلة لا يقتضى فساد الإسقاط كما احتمل ذلك فى مصالحة حق القصاص بعبد يعلمان استحقاق الغير له أو حريته بل قال فى التحرير بالرجوع إلى الدية و حينئذ فلا يستحق البائع الزيادة و لا المطالبة قبل الأجل لكن المشترى لو أعطاه وجب عليه القبول إذ لم يحدث له بسبب المقابلة الفاسدة حق فى التأجيل حتى يكون له الامتناع من القبول قبل الأجل و إنما سقط حقه من التعجيل. و يمكن أيضا حمل الرواية على أن الثمن هو الأقل لكن شرط عليه أن يعطيه على التأجيل شيئا زائدا و هذا الشرط فاسد لما سيجىء من أن تأجيل الحال بزيادة ربا محرم لكن فساد الشرط لا يوجب فساد المشروط كما عليه جماعة و حينئذ فللبائع الأقل و إن فرض أن المشترى أخره إلى الأجل كما يقتضيه قوله فى رواية محمد بن قيس و إن كانت نظره لفرض تراضيهما على ذلك بزعم صحة هذا الشرط أو البناء عليها تشريعا و لعل هذا مبنى قول الجماعة قدس الله أسرارهم فإن أمضيا البيع بينهما كذلك بمعنى أنهما تراضيا على هذه المعاملة لم يجب فى مقابل التأخير الواقع برضاهما شىء زائد على الأقل لفساد المقابلة و مرادهم من بطلان البيع الذى حكموا به أولا بطلانه بهذه الخصوصية و عدم ترتيب الأثر المقصود عليه و قد تلخص من جميع ما ذكرنا أن المعاملة المذكورة فى ظاهر متن الروايتين لا إشكال و لا خلاف فى بطلانها بمعنى عدم مضيها على ما تعاقدا عليه و أما الحكم بإمضائهما كما فى الروايتين فهو حكم تعبدى مخالف لأدلة توقف حمل المال على الرضا و طيب النفس و كون الأكل لا عن تراض أكلا للباطل فيقع الإشكال فى نهوض الروايتين لتأسيس هذا الحكم المخالف للأصل ثم إن الثابت منهما على تقدير العمل بهما هى مخالفة القاعدة فى موردهما و أما ما عداه كما إذا جعل له الأقل فى أجل و الأكثر فى أجل آخر فلا ينبغى الاستشكال فى بطلانه لحرمة القياس خصوصا على مثل هذا الأصل و فى التحرير البطلان هنا قولا واحدا و حكى من غير واحد ما يلوح منه ذلك إلا أنك قد عرفت عموم كلمات غير واحد ممن تقدم للمسألتين و إن لم ينسب ذلك فى الدروس- إلا إلى المفيد قدس سره لكن عن الرياض أن ظاهر الأصحاب عدم الفرق فى الحكم بين المسألتين و هو ظاهر الحدائق أيضا و ما أبعد ما بينه و بين ما تقدم من التحرير ثم إن العلامة فى المختلف ذكر فى تقريب صحة المسألة أنه مثل ما إذا قال المستأجر ليخاطه الثوب إن خطته فارسيا فبدرهم و إن خطته روميا فبدرهمين و أجاب عنه بعد تسليم الصحة برجوعها إلى الجعالة

مسألة لا يجب على المشترى دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل

و إن طولب إجماعا- لأن ذلک فائـدة اشتراط التأجیل- و لو تبرع بدفعه لم یجب علی البائع القبول بلا خلاف بل عن الریاض الإجماع علیه و فی جامع المقاصد فی باب السـلم نسـبه الخلاف إلی بعض العامة و علل الحکم فی التذکرة فی باب السلم بأن التعجیل کالتبرع بالزیـادة فلا یکلف تقلیـد المنـة و فیه تأمل و یمکن تعلیل الحکم بأن التأجیل کما هو حق للمشتری یتضـمن حقا للبائع من حیث التزام المشتری لحفـظ مـاله فی ذمته و جعله إیاه کالودعی فإن ذلک حق عرفا و بالجملـة ففی الأجل حق لصاحب الـدین بلا خلاف ظاهر و ممـا ذکرنـا یظهر الفرق بین الحال و المؤجل حیث إنه لیس لصاحب الـدین الحال حق علی المـدیون و انـدفع أیضا ما یتخیل- من أن الأجـل حق مختص بـالمشتری و لـذا یزاد الثمن من أجله و له طلب النقصان فی مقابل التعجیل و أن المؤجل کالواجب الموسع فی أنه یجوز فیه التأخیر و لا یجب ثم إنه لو أسـقط المشتری أجل الدین- ففی کتاب الدین من التذکرة و القواعد أنه لو أسقط المدیون أجل الـدین مما علیه لم یسـقط و لیس لصاحب الـدین مطالبته فی الحال و علله فی جامع المقاصـد بأنه قد ثبت التأجیل فی العقد اللازم فلا یسقط و لأن فی الأجل حقا لصاحب الـدین و لـذا لم یجب علیه القبول قبل الأجل أما لو تقایلا فی الأجل یصح و لو نذر التأجیل فإنه یلزم و ینبغی أن لا یسـقط بتقایلهما لأن التقایل فی العقود لا فی النـذور انتهی و فیه أن الحق المشترط فی العقد اللازم- یجوز لصاحبه إسـقاطه و حق صاحب الدین- لا یمنع من مطالبته من أسقط حق نفسه. و فی باب الشروط من التذکرة لو کان علیه دین مؤجل فأسقط المدیون الأجل لم یسـقط و لیس للمستحق مطالبته فی الحال لأن الأجل صفة تابعة و الصفة لا تفرد بالإسقاط و لهذا لو أسقط مستحق الحنطـة الجیـدة و الدنانیر الصـحیحة الجودة و الصـحة لم یسـقط و للشافعی وجهان انتهی و یمکن أن یقال إن مرجع التأجیل فی العقد اللازم إلی إسـقاط حق المطالبة فی الأجل فلا یعود الحق بإسـقاط التأجیل و الشرط القابل للإسقاط ما تضمن إثبات حق قابل لإسقاطه بعد جعله أ لا تری أنه لو شـرط فی العقد التبری من عیوب لم یسـقط هذا الشـرط بإسقاطه بعد العقد و لم تعد العیوب مضمونة کما لو کانت بدون الشـرط. و أما ما ذکره من أن لصاحب الدین حقا فی الأجل فدلالته علی المدعی موقوفة علی أن الشرط الواحد إذا انحل إلی حق لکـل من المتبـایعین لم یجز لأحـدهما إسـقاطه لأـن الفرض اشتراکهما فیه و لم یسـقط الحق بالنسـبة إلی نفسه لأنه حق واحد یتعلق بهمـا فلاـ یسـقط إلاـ باتفاقهمـا الـذی عبر عنه بالتقایل و معناه الاتفاق علی إسـقاط الشـرط الراجع إلیهما فلا یرد علیه منع صـحة التقایل فی شـروط العقود لا فی أنفسها نعم لو صار التأجیل حقا لله تعالی بالنذر لم ینفع اتفاقهما علی سقوطه لأن الحق معلق بغیرهما و ما ذکره حسن لو ثبت اتحاد الحق الثابت من اشتراط التأجیل أو لم یثبت التعدد فیرجع إلی أصالة عدم السقوط لکن الظاهر تعدد الحق فتأمـل. ثم إن المـذکور فی بـاب الشـروط عن بیع التـذکرة تعلیـل عـدم سـقوط أجل الـدین بالإسـقاط بأن الأجل صـفة تابعـة لا یفرد بالإسقاط و لذا لو أسقط مستحق الحنطة الجیدة أو الدنانیر

المکاسب، ج۳، ص ۳۰۶

الصحاح الجودة أو الصحة لم یسقط انتهی و هذا لا دخل له بما ذکره جامع المقاصد.

مسألة إذا کان الثمن بل کل دین حالا أو حل وجب علی مالکه قبوله عند دفعه إلیه

اشارة

لأـن فی امتنـاعه إضـرارا و ظلمـا إذ لاـ حق له علی من فی ذمته فی حفـظ مـاله فی ذمته و النـاس مسـلطون علی أنفسـهم و توهم عـدم الإضـرار و الظلم لارتفاعه بقبض الحاکم مع امتناعه أو عزله و ضمانه علی مالکه مدفوع بأن مشروعیة قبض الحاکم أو العزل إنما تثبت لـدفع هـذا الظلم و الإضـرار المحرم عن المـدیون و لیس بدلا اختیاریا حتی یسـقط الوجوب عن المالک لتحقق البدل أ لا تری أن من یجب علیه بیع ماله لنفقة عیاله لا یسقط عنه الوجوب لقیام الحاکم مقامه فی البیع

[إذا امتنع الدائن من القبول]

و كيف كان فإذا امتنع بغير حق سقط اعتبار رضاه لحديث نفى الضرر بل مورده كان من هذا القبيل حيث إن سمرة بن جندب امتنع من الاستيذان للمرور إلى عذقه الواقع فى دار الأنصارى و عن بيعها فقال النبى ص للأنصارى: اذهب فاقلعها و ارم بها وجه صاحبها فأسقط ولايته على ماله.

و مقتضى القاعدة إجبار الحاكم له على القبض

لأن امتناعه أسقط اعتبار رضاه فى القبض الذى يتوقف ملكه عليه لا- أصل القبض الممكن تحققه منه كرها مع كون الإكراه بحق بمنزلة الاختيار فإن تعذر مباشرته و لو كرها تولاه الحاكم- لأن السلطان ولى الممتنع بناء على أن الممتنع من يمتنع- و لو مع الإجبار و لو قلنا إنه من يمتنع بالاختيار جاز للحاكم تولى القبض عنه من دون الإكراه و هو الذى رجحه فى جامع المقاصد و المحكى عن إطلاق جماعة منهم عدم اعتبار الحاكم و ليس للحاكم مطالبة المديون بالدين إذا لم يسأله لعدم ولايته عليه مع رضا المالك بكونه فى ذمته و عن السرائر وجوب القبض على الحاكم عند الامتناع و عدم وجوب الإجبار و استبعده غيره و هو فى محله

و لو تعذر الحاكم فمقتضى القاعدة إجبار المؤمنين له

عدولا كانوا أم لا لأنه من المعروف الذى يجب الأمر به على كل أحد

فإن لم يمكن إجباره ففى وجوب قبض العدول عنه نظر أقواه العدم

و حينئذ فطريق براءة ذمة المديون أن يعزل حقه و يجعله أمانة عنده فإن تلف فعلى ذى الحق- لأن هذه فائدة العزل و ثمرة إلغاء قبض ذى الحق و لكن لم يخرج عن ملك مالكه لعدم الدليل على ذلك فإن اشتراط القبض فى التمليك لا يسقط بأدلة نفى الضرر و إنما يسقط بها ما يوجب التضرر و هو الضمان و حينئذ فنماء المعزول له و قاعدة مقابلة الخراج بالضمان غير جارية هنا و قد يستشكل فى الجمع بين الحكم ببقاء ملكية الدافع و كون التلف من ذى الحق و وجهه أن الحق المملوك لصاحب الدين أن تشخص فى المعزول كان ملكا له و إن بقى فى ذمة الدافع لم يمكن تلف المعزول منه إذ لم يتلف ماله و يمكن أن يقال إن الحق قد سقط من الذمة و لم يتشخص بالمعزول و إنما تعلق به تعلق حق المجنى عليه برقبة العبد الجانى فبتلفه يتلف الحق و مع بقائه لا يتعين الحق فيه فضلا عن أن يتشخص به و يمكن أن يقال بأنه يقدر آنا ما قبل التلف فى ملك صاحب الدين

[جواز التصرف فى المعزول و عدم وجوب حفظه من التلف]

ثم إن الظاهر جواز تصرفه فى المعزول فينتقل المال إلى ذمته لو أتلفه و مقتضى القاعدة عدم وجوب حفظه من التلف لأن شرعية عزله و كون تلفه من مال صاحب الدين إنما جاء من جهة تضرر المديون ببقاء ذمته مشغولة و تكليفه بحفظ المعزول أضر عليه من حفظ أصل المال فى الذمة. و عن المحقق الثانى أنه يتجه الفرق بين ما إذا عرضه على المالك بعد تعيينه و لم يأته به لكن أعلم بالحال و بين ما إذا أتاه و طرحه عنده فينتفى وجوب الحفظ فى الثانى دون الأول و لعل وجهه أن المبرئ للعهدة التخلية و الإقباض المتحقق فى الثانى دون الأول و سيجىء فى مسألة قبض المبيع ما يؤيده. و عن المسالك أنه مع عدم الحاكم يخلى بينه و بين ذى الحق و تبرأ ذمته و إن تلف و كذا يفعل الحاكم لو قبضه إن لم يتمكن من إلزامه بالقبض ثم إن المحقق الثانى ذكر فى جامع المقاصد- بعد الحكم

بکون تلف المعزول من صاحب الدین الممتنع من أخذه أن فی انسحاب هذا الحکم فیمن أجبره الظالم علی دفع نصیب شریکه الغائب فی مال علی جهة الإشاعة بحیث یتعین المدفوع للشریک و لا یتلف منهما ترددا و مثله لو تسلط الظالم بنفسه و أخذ قدر نصیب الشریک لم أجد للأصحاب تصریحا بنفی و لا إثبات مع أن الضرر هنا قائم أیضا و المتجه عدم الانسحاب انتهی و حکی نحوه عنه فی حاشیة الإرشاد من دون فتوی

[رأی المؤلف فی الفرعین المذکورین]

أقول أما الفرع الثانی فلا وجه لإلحاقه بما نحن فیه إذ دلیل الضرر بنفسه لا یقتضی بتأثیر نیة الظالم فی التعیین فإذا أخذ جزء خارجیا من المشاع فتوجیه هذا الضرر إلی من نواه الظالم دون الشریک لا وجه له کما لو أخذ الظالم من من المدیون مقدار الدین بنیة أنه مال الغریم و أما الفرع الأول فیمکن أن یقال بأن الشریک لما کان فی معرض التضرر لأجل مشارکة شریکه جعل له ولایة القسمة لکن فیه أن تضرره إنما یوجب ولایته علی القسمة حیث لا- یوجب القسمة تضرر شریکه بأن لا یکون حصة بحیث تتلف بمجرد القسمة کما فی الغرض و إلا فلا ترجیح لأحد الضررین مع أن التمسک بعموم نفی الضرر فی موارد الفقه من دون انجباره بعمل بعض الأصحاب یؤسس فقها جدیدا

مسألة [عدم جواز تأجیل الثمن الحال بأزید منه و الاستدلال علیه]

اشارة

لا- خلاف علی الظاهر من الحدائق المصرح به فی غیره فی عدم جواز تأجیل الثمن الحال- بل مطلق الدین بأزید منه لأنه ربا لأن حقیقة الربا فی القرض راجعة إلی جعل الزیادة فی مقابل إمهال المقرض و تأخیره المطالبة إلی أجل فالزیادة الواقعة بإزاء تأخیر المطالبة ربا عرفا فإن أهل العرف لا یفرقون فی إطلاق الربا بین الزیادة التی تراضیا علیه فی أول المداینة کأن یقرضه عشرة بأحد عشر إلی شهر و بین أن یتراضیا بعد الشهر إلی تأخیره شهرا آخر بزیادة واحد و هکذا بل طریقة معاملة الربا مستقرة علی ذلک بل الظاهر من بعض التفاسیر أن صدق الربا علی هذا التراضی مسلم فی العرف

[نزول آیة الربا فی ذلک]

اشارة

و أن مورد نزول قوله تعالی فی مقام الرد علی من قال إِنَّمَا الْبَیْعُ مِثْلُ الرِّبا وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا هو التراضی بعد حلول الدین علی تأخیر إلی أجل بزیادة فیه.

[تأیید ذلک بصحیحة ابن أبی عمیر]

فعن مجمع البیان عن ابن عباس أنه کان الرجل من أهل الجاریة إذا حل دینه علی غریمه فطالبه قال المطلوب منه زدنی فی الأجل أزیدک فی المال

المکاسب، ج۳، ص ۳۰۷

فیتراضیان علیه و یعملان به فإذا قیل لهم ربا قالوا هما سواء یعنون بذلک أن الزیادة فی الثمن حال البیع و الزیادة فیه بسبب الأجل عند حلول الدین سواء فذمهم الله و ألحق بهم الوعید و خطأهم فی ذلک بقوله تعالی وَ أَحَلَّ اللَّهُ الْبَیْعَ وَ حَرَّمَ الرِّبا

[تأیید ذلک بصیحة ابن أبی عمیر]

و یؤیده بل تدل علیه حسنة ابن أبی عمیر أو صحیحته عن أبی عبد الله ع قال: سئل عن الرجل یکون له دین إلی أجل مسمی فیأتیه غریمه فیقول انقدنی کذا و کذا واضح عنک بقیته أو انقدنی بعضه و أمد لک فی الأجل فیما بقی علیک قال لا أری به بأسا إن لم یزد علی رأس ماله قال الله تعالی فَلَکُمْ رُؤُسُ أَمْوالِکُمْ لا تَظْلِمُونَ وَ لا تُظْلَمُونَ علل جواز التراضی علی تأخیر أجل البعض بنقد البعض بعدم الازدیاد علی رأس ماله فیدل علی أنه لو ازداد علی رأس ماله لم یجز التراضی علی التأخیر و کان ربا یقتضی استشهاده بذیل آیة الربا و هو قوله تعالی فَلَکُمْ رُؤُسُ أَمْوالِکُمْ لا تَظْلِمُونَ وَ لا تُظْلَمُونَ

[دلالة بعض الأخبار علی ما تقدم]

و یدل علیه بعض الأخبار الواردة فی تعلیم طریق الحلیة فی جواز تأخیر الدین بزیادة باشتراط التأخیر فی ضمن معاوضة غیر مقصودة للفرار عن الحرام فلو جاز التراضی علی التأجیل بزیادة لم یکن داع إلی التوصل بأمثال تلک الحیل حتی صاروا ع موردا الاعتراض العامة فی استعمال بعضها کما فی غیر واحد من الأخبار الواردة فی ذلک و یدل علیه أیضا أو یؤیده بعض الأخبار الواردة فی باب الدین فیما إذا أعطی المدیون بعد الدین شیئا مخافة أن یطلبه الغریم بدینه.

[عدم الفرق بین المصالحة عن التأجیل بالزیادة أو المقاولة علیها من غیر عقد]

و مما ذکرنا من أن مقابلة الزیادة بالتأجیل ربا یظهر عدم الفرق بین المصالحة عنه بها و المقاولة علیها من غیر عقد و ظهر أیضا أنه یجوز المعاوضة اللازمة- علی الزیادة بشیء باشتراط تأخیر الدین علیه فی ضمن تلک المعاوضة و ظهر أیضا من التعلیل المتقدم فی روایة ابن أبی عمیر جواز نقض المؤجل بالتعجیل و سیجیء تمام الکلام فی هاتین المسألتین فی باب الشروط أو کتاب القرض إن شاء الله تعالی [ثم إنه هل یجوز تعجیل الدین المؤجل بأزید منه مثلا یطلبه دینارا إلی شهر فیقول أعطیتک دینارا و نصفا لتأخذه الآن أو فی أجل أقرب الظاهر العدم لأنه ربا إلا إذا فر إلی نحو الهبة و الشرط فی ضمن عقد أو نحو ذلک فقد قال ع: نعم الشیء الفرار من الحرام إلی الحلال و الله العالم]

مسألة [جواز بیع العین الشخصیة المبتاعة بثمن مؤجل من بائعها إلا فی صورة الاشتراط]

اشارة

إذا ابتاع عینا شخصیة بثمن مؤجل جاز بیعه من بائعه و غیره قبل حلول الأجل و بعده- بجنس الثمن و غیره مساویا له أو زائدا علیه أو ناقصا حالا أو مؤجلا إلا إذا اشترط أحد المتبایعین علی صاحبه فی البیع الأول قبوله منه بمعاملة ثانیة أما الحکم فی المستثنی منه فلا خلاف فیه إلا بالنسبة إلی بعض صور المسألة- فمنع منها الشیخ فی النهایة و التهذیبین و هی بیعه من البائع بعد الحلول بجنس الثمن لا مساویا. و قال فی النهایة إذا اشتری نسیئة فحل الأجل و لم یکن معه ما یدفعه إلی البائع جاز للبائع أن یأخذ منه ما کان باعه إیاه من

غير نقصان من ثمنه فإن أخذه بنقصان مما باع لم يكن ذلك صحيحا و لزمه ثمنه الذى كان أعطاه به فإن أخذ من المبتاع متاعا آخر بقيمته فى الحال لم يكن بذلك بأس انتهى و عن الشهيد أنه تبع الشيخ جماعة- و ظاهر الحدائق أن محل الخلاف أعم بما بعد الحلول و أنه قصر بعضهم التحريم بالطعام و كيف كان

فالأقوى هو المشهور – للعمومات المجوزة كتابا و سنة

اشارة

و عموم ترك الاستفصال فى صحيحة بشار ابن يسار قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يبيع المتاع بنسء مرابحة فيشتريه من صاحبه الذى يبيعه منه فقال نعم لا بأس به فقلت له أشترى متاعى و غنمى قال ليس هو متاعك و لا غنمك و لا بقرك و صحيحة ابن حازم عن أبى عبد الله ع: رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه فأتى الطالب المطلوب يتقاضاه فقال له المطلوب أبيعك هذه الغنم بدراهمك التى عندى فرضى قال لا بأس بذلك و رواية الحسين بن منذر قال: قلت لأبى عبد الله ع الرجل يجيئنى فيطلب العينة- فأشترى له المتاع ثم أبيعه إياه مرابحة ثم أشتريه منه مكانى قال فقال إذا كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع و كنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتر فلا بأس قال فقلت إن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد و يقولون إنه إن جاء به بعد أشهر صح قال إنما هذا تقديم و تأخير و لا بأس. و فى المحكى عن قرب الإسناد عن على بن جعفر عن أخيه ع قال: سألته عن رجل باع ثوبا بعشرة دراهم اشتراه منه بخمسة دراهم أ يحل قال إذا لم يشترط و رضيا فلا بأس. و عن كتاب على بن جعفر قوله: باعه بعشرة إلى أجل ثم اشتراه بخمسة بنقد و هو أظهر فى عنوان المسألة و ظاهر هذه الأخبار كما ترى يشمل صور الخلاف و قد يستدل أيضا برواية يعقوب بن شعيب و عبيد بن زرارة قالا: سألنا أبا عبد الله ع عن رجل باع طعاما بدراهم إلى أجل فلما بلغ ذلك تقاضاه فقال ليس لى دراهم خذ منى طعاما فقال لا بأس به فإنما له دراهم يأخذ بها ما شاء و فى دلالتها نظر

[توهم معارضة العمومات مع روايتى خالد و عبد الصمد]

اشارة

و فيما سبق من العمومات كفاية إذ لا معارض لها عدا ما ذكره الشيخ قدس سره من رواية خالد بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل بعته طعاما بتأخير إلى أجل مسمى فلما جاء الأجل أخذته بدراهمى فقال ليس عندى دراهم و لكن عندى طعام فاشتره منى فقال لا تشتره منه لا خير فيه و رواية عبد الصمد بن بشر المحكية عن الفقيه قال سأله محمد بن قاسم الحناط فقال: أصلحك الله أبيع الطعام من رجل إلى أجل فيجيئنى و قد تغير الطعام من سعره فيقول ليس عندى دراهم قال خذ منه بسعر يومه فقال أفهم أصلحك الله إنه طعامى الذى اشتراه منى فقال لا تأخذ منه حتى يبيعه و يعطيك فقال أرغم الله أنفى رخص لى فرددت عليه فشدد على

[الجواب عن توهم المعارضة]

و حكى عن الشيخ قدس سره أنه أوردها فى الاستبصار دليلا على مختاره و حكى عن بعض ردها بعدم الدلالة بوجه من الوجوه.

أقول لا يظهر من رواية خالد دلالة على مذهب الشيخ و على تقدير الدلالة فتعليل المنع بأنه لا خير فيه من أمارات الكراهة

[ما حکی عن الشیخ من عدم جواز أخذ بدل الطعام طعاما إذا کان أزید]

و اعلم أنه قال الشیخ قدس سره فی المبسوط إذا باع طعاما بعشرة مؤجلة فلما حل الأجل أخذ بها طعاما جاز إذا أخذ ما أعطاه فإن أخذ أکثر لم یجز و قد روی أنه یجوز علی کل حال و حکی فی المختلف عن الخلاف أنه إذا باع طعاما قفیزا بعشرة دراهم مؤجلة فلما حل الأجل أخذ بها طعاما جاز ذلک إذا أخذ مثله فإن زاد علیه لم یجز و احتج بإجماع الفرقة و أخبارهم و بأنه یؤدی إلی بیع طعام بطعام ثم حکی عن بعض أصحابنا الجواز مطلقا و عن بعضهم المنع مطلقا ثم حکی عن الشیخ فی آخر کلامه أنه قال و القول الآخر الذی لبعض أصحابنا قوی و ذلک أنه بیع طعام بدراهم لا بیع طعام بطعام فلا یحتاج إلی اعتبار المثلیة انتهی أقول الظاهر أن الشیخ قدس سره جری فی ذلک و فیما تقدم عنه فی النهایة

المکاسب، ج۳، ص ۳۰۸

من عدم جواز بیع ما اشتری بجنس الثمن متفاضلا علی قاعدة کلیة تظهر من بعض الأخبار- من أن عوض الشیء الربوی لا یجوز أن یعوض بذلک الشیء بزیادة و إن عوض العوض بمنزلة العوض. فإذا اشتری طعاما بدراهم لا یجوز أن یأخذ بدل الطعام دراهم بزیادة و کذلک إذا باع طعاما بدراهم لا یجوز له أن یأخذ عوض الدراهم طعاما و عول فی ذلک علی التعلیل المصرح به فی روایة علی بن جعفر عن أخیه ع المعتضد ببعض الأخبار المانعة عن بعض أفراد هذه القاعدة هنا و فی باب السلم قال: سألته عن رجل له علی آخر تمر أو شعیر أو حنطة أ یأخذ بقیمته دراهم قال إذا قومه دراهم فسد لأن الأصل الذی یشتری به دراهم و لا یصلح دراهم بدراهم قال فی محکی التهذیب الذی أفتی به ما تضمنه هذا الخبر الأخیر من أنه إذا کان الذی أسلف فیه دراهم لم یجز أن یبیعه بدراهم لأنه یکون قد باع دراهم بدراهم و ربما کان فیه زیادة أو نقصان و ذلک ربا انتهی و هنا یقول قبالا لمسألة السلم التی هی عکس مسألتنا إنه إذا کان الذی باعه طعاما لم یجز أن یشتری بثمنه طعاما لأنه یکون باع طعاما بطعام و بالجملة فمدار فتوی الشیخ قدس سره علی ما عرفت من ظهور بعض الأخبار بل صراحته فیه من أن عوض العوض فی حکم العوض فی عدم جواز التفاضل مع اتحاد الجنس الربوی فلا- فرق بین اشتراء نفس ما باعه منه و بین اشتراء مجانسه منه و لا- فرق أیضا بین اشترائه قبل حلول الأجل أو بعده کما أطلقه فی الحدائق و تقییده بما بعد الحلول فی عبارة النهایة المتقدمة لکون الغالب وقوع المطالبة و الإیفاء بعد الحلول و إن قصر المشهور خلافه به لکن الأظهر هو الإطلاق کما أن تقیید المنع فی کلامه بأخذ ما باعه بالناقص لأنه الغالب لأن فی رد نفس ما اشتراه رده بالناقص لا لخصوصیة فی النقص لا یجری فی الزیادة و لذا ذکر جواز أخذ المتاع الآخر بقیمته فی الحال زادت أو نقصت فیعلم منه أن أخذ ما باعه بقیمته فی الحال غیر جائز زادت أو نقصت و یؤید الحمل علی الغالب أنه قدس سره ذکر فی مسألة السلم التی هی عکس المسألة أنه لا یجوز له أخذ مثل الثمن زائدا علی ما أعطاه فإن الغالب مع إعطاء الطعام بدل الدراهم النقص مما اشتری و مع العکس العکس و ظهر أیضا مما ذکرنا أن الحکم مختص فی کلام الشیخ بالجنس الربوی لا مطلق المتاع و لا خصوص الطعام

[إذا اشترط فی البیع الأول نقله إلی من انتقل عنه]

اشارة

و أما الحکم فی المستثنی- و هو ما إذا اشترط فی البیع الأول نقله إلی من انتقل عنه فهو المشهور و نص علیه الشیخ فی باب المرابحة

[الاستدلال علی بطلان هذا البیع بالدور]

اشارة

و استدلوا عليه أولا بالدور كما فى التذكرة قال فى باب الشروط لو باعه شيئا بشرط أن يبيعه إياه لم يصح سواء اتحد الثمن قدرا و وصفا و عينا أم لا و إلا جاء الدور لأن بيعه له يتوقف على ملكيته له المتوقفة على بيعه فيدور أما لو شرط أن يبيعه على غيره صح عندنا حيث لا- منافاة فيه للكتاب و السنة لا يقال ما التزموه من الدور آت هنا لأنا نقول الفرق ظاهر لجواز أن يكون جاريا على حد التوكيل أو عقد الفضولى بخلاف ما لو شرط البيع على المالك أقول ظاهر ما ذكره من النقص أنه يعتبر فى الشرط أن يكون معقولا فى نفسه مع قطع النظر عن البيع المشروط فيه و بيع الشىء على غير مالكه معقول و لو من غير المالك كالوكيل و الفضولى بخلاف بيعه على مالكه فإنه غير معقول أصل فاندفع عنه نقض جماعة ممن تأخر عنه- باشتراط بيعه على غيره أو عتقه.

[النقض على الاستدلال]

نعم ينتقض ذلك باشتراط كون المبيع رهنا على الثمن فإن ذلك لا يعقل مع قطع النظر عن البيع بل يتوقف عليه و قد اعترف قدس سره بذلك فى التذكرة فاستدل بذلك لأكثر الشافعية المانعين عنه و قال إن المشترى لا يملك رهن المبيع إلا بعد صحة البيع فلا يتوقف عليه صحة البيع و إلا دار لكنه قدس سره مع ذلك جوز هذا الاشتراط إلا أن يقال أخذ الرهن على الثمن و التضمين عليه و على دركه و درك المبيع من توابع البيع و من مصالحه فيجوز اشتراطها نظير وجوب نقد الثمن أو عدم تأخيره عن شهر مثلا و نحو ذلك لكن ينتقض حينئذ بما اعترف بجوازه فى التذكرة من اشتراط وقف المشترى المبيع على البائع و ولده

[تقرير الدور فى جامع المقاصد]

اشارة

و قرر الدور فى جامع المقاصد بأن انتقال الملك موقوف على حصول الشرط و حصول الشرط موقوف على الملك و هذا بعينه ما تقدم عن التذكرة بتفاوت فى ترتيب المقدمتين

[ما أجيب به عن هذا التقرير و ما يرد على الأجوبة]

و أجيب عنه تارة بالنقض باشتراط بيعه من غيره و قد عرفت أن العلامة قدس سره تفطن له فى التذكرة و أجاب عنه بما عرفت انتقاضه بمثل اشتراط رهنه على الثمن و عرفت تفطنه لذلك أيضا فى التذكرة و أخرى بالحل- و هو انتقال الملك ليس موقوفا على تحقق الشرط و إنما المتوقف عليه لزومه و ثالثة بعدم جريانه فيما لو شرط بيعه منه بعد أجل البيع الأول فإن ملك المشترى متخلل بين البيعين و مبنى هذين الجوابين على ما ذكره العلامة فى الاعتراض على نفسه و الجواب عنه بما حاصله أن الشرط لا بد من صحته مع قطع النظر عن البيع فلا يجوز أن يتوقف صحته على صحة البيع

[الاستدلال على البطلان بعدم القصد]

اشارة

و لا فرق فى ذلك بين اشتراط بيعه قبل الأجل أو بعده لأن بيع الشىء على مالكه غير معقول مطلقا و لو قيد بما بعد خروجه عن ملك مالكه لم يفرق أيضا بين ما قبل الأجل و ما بعده و استدل عليه أيضا بعدم قصد البائع بهذا الشرط إلى حقيقة الإخراج عن ملكه حيث

لم يقطع علاقة الملك و جعله فی غاية المراد أولی من الاستدلال بالدور بعد دفعه بالجوابين الأولين ثم قال و إن كان إجماع علی المسألة فلا بحث

[الرد علی الاستدلال]

و رد عليه المحقق و الشهيد الثانيان بأن الفرض حصول القصد إلی النقل الأول لتوقفه عليه و إلا لم يصح ذلك إذا قصدا ذلك و لم يشترطاه مع الاتفاق علی صحته انتهی

[الاستدلال علی البطلان برواية الحسين ابن المنذر]

اشارة

و استدل عليه فی الحدائق بقوله ع فی رواية الحسين بن المنذر المتقدمة فی السؤال عن بيع الشیء و اشترائه ثانيا من المشتری: إن كان هو بالخيار إن شاء باع و إن شاء لم يبع و كنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت و إن شئت لم تشتر فلا بأس فإن المراد بالخيار هو الاختيار عرفا فی مقابل الاشتراط علی نفسه بشرائه ثانيا فدل علی ثبوت البأس إذا كان أحد المتبايعين غير مختار فی النقل من جهة التزامه بذلك فی العقد الأول

[بيان الاستدلال]

و ثبوت البأس فی الرواية إما راجع إلی البيع الأول فيثبت المطلوب و إن كان راجعا إلی البيع الثانی فلا وجه له إلا بطلان البيع الأول إذ لو صح البيع الأول و المفروض اشتراطه بالبيع الثانی لم يكن بالبيع الثانی بأس بل كان لازما بمقتضی الشرط الواقع فی متن العقد الصحيح

بمقتضی الشرط الواقع فی متن العقد الصحيح

[ما رد به عن الاستدلال و الجواب عنه]

هذا و قد يرد دلالتها بمنع دلالة البأس علی البطلان و فيه ما لا يخفی و قد ترد أيضا بتضمنها لاعتبار ما لا يقول به أحد من عدم

المكاسب، ج۳، ص ۳۰۹

اشتراط المشتری ذلك علی البائع. و فيه أن هذا قد قال به كل أحد من القائلين باعتبار عدم اشتراط البائع فإن المسألتين من واد واحد بل الشهيد قدس سره فی غاية المراد عنوان المسألة بالاشتراء بشرط الاشتراء و قد يرد أيضا بأن المستفاد من المفهوم لزوم الشرط و أنه لو شرطاه يرتفع الخيار عن المشروط عليه و إن كان يحرم البيع الثانی أو هو و البيع الأول مع الشرط و يكون الحاصل حينئذ حرمة الاشتراط و إن كان لو فعل التزم به و هو غير التزام المحرم الذی يفسد و يفسد العقد. و فيه أن الحرمة المستفادة من البأس ليس إلا الحرمة الوضعية أعنی الفساد و لا يجامع ذلك صحة الشرط و لزومه.

[مناقشة المؤلف فی الاستدلال]

نعم يمكن أن يقال بعد ظهور سياق الرواية فی بيان حكم البيع الثانی مع الفراغ عن صحة الأول كما يشهد به أيضا بيان خلاف أهل

المسجد المختص بـالبيع الثـانى أن المراد أنه إن وقع البيع الثانى على وجه الرضا و طيب النفس و الاختيار فلا بأس به و إن وقع لا عن ذلك بل لأجل الالتزام به سابقا فى متن العقد أو قبله و إلزامه عرفا بما التزم كان الشراء فاسدا لكن فساد الشراء لا يكون إلا لعدم طيب النفس فيه و عدم وجوب الالتزام بما التزم على نفسه إما لعدم ذكره فى متن العقد و إما لكون الشرط بالخصوص فاسدا لا يجب الوفاء به و لا يوجب فساد العقـد المشـروط به كما هو مـذهب كثير من القدماء لا لأجل فساد العقد الأول من جهة فساد الالتزام المذكور فى متنه حتى لو وقع عن طيب النفس لأن هذا مخالف لما عرفت من ظهور اختصاص حكم الرواية منعا و جواز بالعقد الثانى.

[الاستدلال على البطلان برواية على بن جعفر و المناقشة فيه]

و أمـا روايـة على بن جعفر فهى أظهر فى اختصـاص الحكم بالشـراء الثانى فيجب أيضا حمله على وجه لا يكون منشأ فساد البيع الثانى فساد البيع الأول بأن يكون مفهوم الشرط أنه إذا اشترطا ذلك فى العقد أو قبله و لم يرضيا بوقوع العقد الثانى بل وقع على وجه الإلجاء من حيث الالـتزام به قبـل العقـد أو فيه فهو غير صـحيح لعـدم طيب النفس فيه و وقوعه عن إلجـاء و هـذا لا يكون إلا مع عـدم وجوب الوفاء إما لعدم ذكره فى العقد و إما لكونه لغوا فاسدا مع عدم تأثير فساده فى العقد. و بالجملة فالحكم بفساد العقد الثانى فى الروايتين لا يصح أن يستند إلى فساد الأول لما ذكرنا من ظهور الروايتين فى ذلك فلا بد أن يكون منشأه عدم طيب النفس بالعقد الثانى و عدم طيب النفس لا يقدح إلا مع عدم لزوم الوفاء شـرعا بما التزم و عدم اللزوم لا يكون إلا لعدم ذكر الشـرط فى العقد أو لكونه فاسدا غير مفسـد- ثم إنه قال فى المسالك إنهما لو شـرطاه قبل العقـد لفظا فإن كانا يعلمان أن الشـرط المتقـدم لا حكم له فلا أثر له و إلا اتجه بطلان العقد به كما لو ذكراه فى متنه لأنهما لم يقدما إلا على الشـرط و لم يتم لهما و يمكن أن يقال إن علمهما بعدم حكم للشرط لا يوجب عدم إقدامهما على الشرط

[رأى المؤلف فى المسألة]

فالأولى بناء المسألـة على تأثير الشـرط المتقـدم فى ارتباط العقـد به و عـدمه و المعروف بينهم عـدم التأثير كما تقدم إلا أن يفرق بين الشـرط الصـحيح فلا يؤثر و بين الفاسـد فيؤثر فى البطلان و وجهه غير ظاهر بل ربما حكى العكس عن بعض المعاصـرين و قـد تقـدم توضيح الكلام فى ذلك

@@@@@@@@@@@@@@@@@

[أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]

[أقسام البيع باعتبار تأخير و تقديم أحد العوضين]

قـال فى التـذكرة ينقسم البيع باعتبـار التـأخير و التقـديم- فى أحـد العوضـين إلى أربعـة أقسام بيع الحاضـر بالحاضـر و هو النقـد و بيع المؤجـل بالمؤجـل و هو بيع الكـالئ بالكالئ و بيع الحاضـر بالثمن المؤجل و هى النسـيئة و بيع المؤجل بالحاضـر و هو السـلم و المراد بالحاضر أعم من الكلى و بالمؤجل خصوص الكلى

مسألة إطلاق العقد يقتضى النقد

مسألة إطلاق العقد يقتضى النقد

و علله فی التذكرة بأن قضیة العقد انتقال كل من العوضین إلی الآخر فیجب الخروج عن العهدة متی طولب صاحبها فیكون المراد من النقد عدم حق للمشتری فی تأخیر الثمن و المراد المطالبة مع الاستحقاق بأن یكون قد بذل المثمن أو مكن منه علی الخلاف الآتی فی زمان وجوب تسلیم الثمن علی المشتری. و یدل علی الحكم المذكور أیضا الموثق: فی رجل اشتری من رجل جاریة بثمن مسمی ثم افترقا قال وجب البیع و الثمن إذا لم یكونا شرطا فهو نقد

مسألة یجوز اشتراط تأجیل الثمن مدة معینة

مسألة یجوز اشتراط تأجیل الثمن مدة معینة

غیر محتملة مفهوما و لا مصداقا للزیادة و النقصان غیر المسامح فیهما فلو لم یعین كذلك بطل بلا خلاف ظاهرا للغرر و لما دل فی السلم الذی هو عكس المسألة علی وجوب تعیین الأجل و عدم جواز السلم إلی دیاس أو حصاد

مسألة لو باع بثمن حالا و بأزید منه مؤجلا

مسألة لو باع بثمن حالا و بأزید منه مؤجلا

ففی المبسوط و السرائر و عن أكثر المتأخرین أنه لا یصح- و علله فی المبسوط و غیره بالجهالة كما لو باع إما هذا العبد و إما ذاك و یدل علیه أیضا ما رواه فی الكافی أنه ع قال: من ساوم بثمنین أحدهما عاجلا و الآخر نظرة فلیسم أحدهما قبل الصفقة

مسألة لا یجب علی المشتری دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل

مسألة لا یجب علی المشتری دفع الثمن المؤجل قبل حلول الأجل

و إن طولب إجماعا- لأن ذلك فائدة اشتراط التأجیل- و لو تبرع بدفعه لم یجب علی البائع القبول بلا خلاف بل عن الریاض الإجماع علیه و فی جامع المقاصد فی باب السلم نسبه الخلاف إلی بعض العامة و علل الحكم فی التذكرة فی باب السلم بأن التعجیل كالتبرع بالزیادة فلا یكلف تقلید المنة و فیه تأمل و یمكن تعلیل الحكم بأن التأجیل كما هو حق للمشتری یتضمن حقا للبائع من حیث التزام المشتری لحفظ ماله فی ذمته و جعله إیاه كالودعی فإن ذلك حق عرفا و بالجملة ففی الأجل حق لصاحب الدین بلا خلاف ظاهر و مما ذكرنا یظهر الفرق بین الحال و المؤجل حیث إنه لیس لصاحب الدین الحال حق علی المدیون و اندفع أیضا ما یتخیل- من أن الأجل حق مختص بالمشتری و لذا یزاد الثمن من أجله و له طلب النقصان فی مقابل التعجیل و أن المؤجل كالواجب الموسع فی أنه یجوز فیه التأخیر و لا یجب ثم إنه لو أسقط المشتری أجل الدین- ففی كتاب الدین من التذكرة و القواعد أنه لو أسقط المدیون أجل الدین مما علیه لم یسقط و لیس لصاحب الدین مطالبته فی الحال و علله فی جامع المقاصد بأنه قد ثبت التأجیل فی العقد اللازم فلا یسقط و لأن فی الأجل حقا لصاحب الدین و لذا لم یجب علیه القبول قبل الأجل أما لو تقایلا فی الأجل یصح و لو نذر التأجیل فإنه یلزم و ینبغی أن لا یسقط بتقایلهما لأن التقایل فی العقود لا فی النذور انتهی و فیه أن الحق المشترط فی العقد اللازم- یجوز لصاحبه إسقاطه و حق صاحب الدین- لا یمنع من مطالبته من أسقط حق نفسه. و فی باب الشروط من التذكرة لو كان علیه دین مؤجل فأسقط المدیون الأجل لم یسقط و لیس للمستحق مطالبته فی الحال لأن الأجل صفة تابعة و الصفة لا تفرد بالإسقاط و لهذا لو أسقط مستحق الحنطة الجیدة و الدنانیر الصحیحة الجودة و الصحة لم یسقط و للشافعی وجهان انتهی و یمكن أن یقال إن مرجع التأجیل فی العقد اللازم إلی إسقاط حق المطالبة فی الأجل فلا یعود الحق بإسقاط التأجیل و الشرط القابل للإسقاط ما تضمن إثبات حق قابل لإسقاطه بعد جعله أ لا تری أنه لو شرط فی العقد التبری من عیوب لم یسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد و لم تعد العیوب مضمونة كما لو كانت بدون الشرط. و أما ما ذكره من أن لصاحب الدین حقا فی الأجل فدلالته علی المدعی موقوفة علی أن الشرط الواحد إذا انحل

إلى حق لكل من المتبايعين لم يجز لأحدهما إسقاطه لأن الفرض اشتراكهما فيه و لم يسقط الحق بالنسبة إلى نفسه لأنه حق واحد يتعلق بهما فلا يسقط إلا باتفاقهما الذى عبر عنه بالتقايل و معناه الاتفاق على إسقاط الشرط الراجع إليهما فلا يرد عليه منع صحة التقايل فى شروط العقود لا فى أنفسها نعم لو صار التأجيل حقا لله تعالى بالنذر لم ينفع اتفاقهما على سقوطه لأن الحق معلق بغيرهما و ما ذكره حسن لو ثبت اتحاد الحق الثابت من اشتراط التأجيل أو لم يثبت التعدد فيرجع إلى أصالة عدم السقوط لكن الظاهر تعدد الحق فتأمل. ثم إن المذكور فى باب الشروط عن بيع التذكرة تعليل عدم سقوط أجل الدين بالإسقاط بأن الأجل صفة تابعة لا يفرد بالإسقاط و لذا لو أسقط مستحق الحنطة الجيدة أو الدنانير

المكاسب، ج۳، ص ۳۰۶

الصحاح الجودة أو الصحة لم يسقط انتهى و هذا لا دخل له بما ذكره جامع المقاصد.

مسألة إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل وجب على مالكه قبوله عند دفعه إليه

مسألة إذا كان الثمن بل كل دين حالا أو حل وجب على مالكه قبوله عند دفعه إليه

لأن فى امتناعه إضرارا و ظلما إذ لا حق له على من فى ذمته فى حفظ ماله فى ذمته و الناس مسلطون على أنفسهم و توهم عدم الإضرار و الظلم لارتفاعه بقبض الحاكم مع امتناعه أو عزله و ضمانه على مالكه مدفوع بأن مشروعية قبض الحاكم أو العزل إنما تثبت لدفع هذا الظلم و الإضرار المحرم عن المديون و ليس بدلا اختياريا حتى يسقط الوجوب عن المالك لتحقق البدل أ لا ترى أن من يجب عليه بيع ماله لنفقة عياله لا يسقط عنه الوجوب لقيام الحاكم مقامه فى البيع

مسألة [عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه و الاستدلال عليه]

مسألة [عدم جواز تأجيل الثمن الحال بأزيد منه و الاستدلال عليه]

لا خلاف على الظاهر من الحدائق المصرح به فى غيره فى عدم جواز تأجيل الثمن الحال- بل مطلق الدين بأزيد منه لأنه ربا لأن حقيقة الربا فى القرض راجعة إلى جعل الزيادة فى مقابل إمهال المقرض و تأخيره المطالبة إلى أجل فالزيادة الواقعة بإزاء تأخير المطالبة ربا عرفا فإن أهل العرف لا يفرقون فى إطلاق الربا بين الزيادة التى تراضيا عليه فى أول المداينة كأن يقرضه عشرة بأحد عشر إلى شهر و بين أن يتراضيا بعد الشهر إلى تأخيره شهرا آخر بزيادة واحد و هكذا بل طريقة معاملة الربا مستقرة على ذلك بل الظاهر من بعض التفاسير أن صدق الربا على هذا التراضى مسلم فى العرف

مسألة [جواز بيع العين الشخصية المبتاعة بثمن مؤجل من بائعها إلا فى صورة الاشتراط]

مسألة [جواز بيع العين الشخصية المبتاعة بثمن مؤجل من بائعها إلا فى صورة الاشتراط]

إذا ابتاع عينا شخصية بثمن مؤجل جاز بيعه من بائعه و غيره قبل حلول الأجل و بعده- بجنس الثمن و غيره مساويا له أو زائدا عليه أو ناقصا حالا أو مؤجلا إلا إذا اشترط أحد المتبايعين على صاحبه فى البيع الأول قبوله منه بمعاملة ثانية أما الحكم فى المستثنى منه فلا خلاف فيه إلا بالنسبة إلى بعض صور المسألة- فمنع منها الشيخ فى النهاية و التهذيبين و هى بيعه من البائع بعد الحلول بجنس الثمن لا مساويا. و قال فى النهاية إذا اشترى نسيئة فحل الأجل و لم يكن معه ما يدفعه إلى البائع جاز للبائع أن يأخذ منه ما كان باعه إياه من غير نقصان من ثمنه فإن أخذه بنقصان مما باع لم يكن ذلك صحيحا و لزمه ثمنه الذى كان أعطاه به فإن أخذ من المبتاع متاعا آخر بقيمته فى الحال لم يكن بذلك بأس انتهى و عن الشهيد أنه تبع الشيخ جماعة- و ظاهر الحدائق أن محل الخلاف أعم بما بعد الحلول و أنه قصر بعضهم التحريم بالطعام و كيف كان

القول فی القبض

اشارة

القول فی القبض

و هو لغة الأخذ مطلقا أو بالید أو بجمیع الکف علی اختلاف عبارات أهل اللغة- و النظر فی ماهیته و وجوبه و أحکامه یقع فی مسائل

مسألة اختلفوا فی ماهیة القبض فی المنقول بعد اتفاقهم علی أنها التخلیة (فی غیر المنقول – علی أقوال

أحدها أنها التخلیة) أیضا

صرح به المحقق فی الشرائع و حکی عن تلمیذه کاشف الرموز و عن الإیضاح نسبته إلی بعض متقدمی أصحابنا و عن التنقیح نسبته إلی المبسوط

الثانی أنه فی المنقول النقل

و فیما یعتبر کیله أو وزنه الکیل أو الوزن

الثالث ما فی الدروس

من أنه فی الحیوان نقله و فی المعتبر کیله أو وزنه أو عده أو نقله و فی الثوب وضعه فی الید.

الرابع ما فی الغنیة

و عن الخلاف و السرائر و اللمعة أنه التحویل و النقل

الخامس ما فی المبسوط

من أنه إن کان مثل الجواهر و الدراهم و الدنانیر و ما یتناول بالید فالقبض فیه هو التناول بالید و إن کان مثل الحیوان کالعبد و البهیمة فالقبض فی البهیمة أن یمشی بها إلی مکان آخر و فی العبد أن یقیمه إلی مکان آخر و إن کان اشتراه جزافا کان القبض فیه أن ینقله فی مکانه و إن کان اشتراه مکایلة فالقبض فیه أن یکیله و زاد فی الوسیلة أنه فی الموزون وزنه و فی المعدود عده و نسب عبارة الشرائع- الراجعة إلی ما فی المبسوط إلی المشهور.

السادس أنه الاستقلال و الاستیلاء علیه بالید

حکی عن المحقق الأردبیلی و صاحب الکفایة و اعترف فی المسالک تبعا لجامع المقاصد لشهادة العرف بذلک إلا أنه أخرج عن ذلک المکیل و الموزون مستندا إلی النص الصحیح و فیه ما سیجیء.

السابع ما فی المختلف

من أنه إن كان منقولا فالقبض فيه النقل أو الأخذ باليد و إن كان مكيلا أو موزونا فقبضه ذلك أو الكيل أو الوزن.

الثامن أنه التخلية مطلقا

بالنسبة إلى انتقال الضمان إلى المشترى دون النهى عن بيع ما لم يقبض نفى عنه البأس فى الدروس

[رأى المؤلف فى المسألة]

اشارة

أقول لا ـ شك أن القبض للمبيع هو فعل القابض و هو المشترى و لا شك أن الأحكام المترتبة على هذا الفعل لا يترتب على ما كان من فعل البائع من غير مدخل للمشترى فيه كما أن الأحكام المترتبة على فعل البائع كالوجوب على البائع و الراهن فى الجملة و اشتراط القدرة على التسليم لا يحتاج فى ترتبها إلى فعل من المشترى

[بطلان تفسير القبض بالتخلية]

فحينئذ نقول أما ما اتفق عليه من كفاية التخلية- فى تحقق القبض فى غير المنقول إن أريد بالقبض ما هو فعل البائع بالنسبة إلى المبيع و هو جميع ما يتوقف عليه من طرفه وصوله إلى المشترى و يعبر عنه مسامحة بالإقباض و التسليم و هو الذى يحكمون بوجوبه على البائع و الغاصب و الراهن فى الجملة و يفسرونه بالتخلية التى هى فعل البائع فقد عرفت أنه ليس قبضا حقيقيا حتى فى غير المنقول و إن فسرت برفع جميع الموانع و أذن المشترى فى التصرف. قال كاشف الرموز فى شرح عبارة النافع القبض مصدر يستعمل بمعنى التقبيض و هو التخلية و يكون من طرف البائع و الواهب بمعنى التمكين من التصرف انتهى. بل التحقيق أن القبض مطلق هو استيلاء المشترى عليه و تسلطه عليه الذى يتحقق به معنى اليد و يتصور فيه الغصب

[لا بد من استفادة معنى القبض من حكم كل مورد بخصوصه]

نعم يترتب على ذلك المعنى الأول الأحكام المترتبة على الإقباض و التسليم

المكاسب، ج۳، ص ۳۱۰

الواجبين على البائع فينبغى ملاحظة كل حكم من الأحكام المذكورة فى باب القبض و أنه مترتب على القبض الذى هو فعل المشترى بعد فعل البائع و على الإقباض الذى هو فعل البائع مثلا إذا فرض أنه أدلة اعتبار القبض فى الهبة دلت على اعتبار حيازة المتهب الهبة لم يكتف فى ذلك بالتخلية التى هى من فعل الواهب و هكذا و لعل تفصيل الشهيد فى البيع بين حكم الضمان و غيره من حيث إن الحكم الأول منوط بالإقباض و غيره منوط بفعل المشترى

[اختلاف المناط فى القبض باختلاف مدرك الضمان]

و كيف كان فلا بد من مراعاة أدلة أحكام القبض فنقول أما رفع الضمان- فإن استند فيه إلى النبوى: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه فالمناط فيه حصول الفعل من المشترى و إن استند إلى قوله ع فى رواية عقبة بن خالد: حتى يقبض المتاع و يخرجه من بيته احتمل فيه إناطة الحكم بالتخلية فيمكن حمل النبوى على ما ذكر ما هو مقارن غالبى للتخلية و احتمل ورود الرواية مورد الغالب من ملازمة الإخراج للوصول إلى المشترى بقرينة ظاهر النبوى. و لذا قال فى جامع المقاصد بعد نقل ما فى الدروس إن الخبر دال على خلافه و هو حسن إن أراد به ظاهر النبوى لا ظاهر رواية عقبة أو غيرها و الإنصاف أن ما ذكره الشهيد قريب بالنسبة إلى ظاهر رواية عقبة و ربما يخدش فيهما بظهورها فى اعتبار الإخراج من البيت مع أنه غير معتبر فى رفع الضمان اتفاقا. و فيه أن الإخراج عن البيت كناية عن الإخراج عن السلطنة و رفع اليد و لا ينبغى خفاء ذلك على المتأمل فى الاستعمال العرفى هذا و لكن الجمود على حقيقة اللفظ فى الرواية يقتضى اعتبار الوصول إلى يد المشترى لأن الإقباض و الإخراج و إن كانا من فعل البائع إلا أن صدقهما عليه يحتاج إلى فعل من غير البائع لأن الإقباض و الإخراج بدون القبض و الخروج محال إلا أن يستفاد من الرواية تعلق الضمان على ما كان من فعل البائع و التعبير بالإقباض و الإخراج مسامحة مست الحاجة إليهما فى التعبير. و ما ذكره الشهيد من رفع الضمان بالتخلية يظهر من بعض فروع التذكرة حيث قال لو أحضر البائع السلعة فقال المشترى ضعه تم القبض لأنه كالتوكيل فى الوضع و لو لم يقل المشترى شيئا أو قال لا- أريد حصل القبض لوجود التسليم كما لو وضع الغاصب المغصوب بين يدى المالك فإنه يبرأ من الضمان انتهى. و ظاهره أن المراد من التسليم المبحوث عنه ما هو فعل البائع و لو امتنع المشترى لكنه قدس سره صرح فى عنوان المسألة و فى باب الهبة بضعف هذا القول بعد نسبه إلى بعض الشافعية فالظاهر أن مراده بل مراد الشهيد قدس سرهما رفع الضمان بهذا و إن لم يكن قبضا بل عن الشهيد فى حواشى أنه نقل عن العلامة قدس سره أن التخلية فى المنقول و غيره ترفع الضمان لأنه حق على البائع و قد أدى ما عليه أقول و هذا كما أن إتلاف المشترى يرفع ضمان البائع و سيجىء من المحقق الثانى أن النقل فى المكيل و الموزون يرفع الضمان و إن لم يكن قبضا

[القبض هو الاستيلاء فى المنقول و غيره]

و قد ظهر مما ذكرنا أن لفظ القبض الظاهر بصيغته فى فعل المشترى يراد به الاستيلاء على البيع سواء فى المنقول و غيره لأن القبض لغة الأخذ مطلقا أو باليد أو بجميع الكف على اختلاف التعبيرات فإن أريد الأخذ حسا باليد فهو لا يتأتى فى جميع المبيعات مع أن أحكامه جارية فى الكل فاللازم أن يراد به فى كلام أهل اللغة و فى لسان الشرع الحاكم عليه بأحكام كثيرة فى البيع و الرهن و الصدقة و تشخيص ما فى الذمة أخذ كل شيء بحسبه و هو ما ذكرنا من الاستيلاء و السلطنة

[المناقشة فى اعتبار النقل و التحويل فى القبض]

و أما ما ذكره بعضهم من اعتبار النقل و التحويل فيه بل ادعى فى الغنية الإجماع على أنه القبض فى المنقول الذى لا يكتفى فيه بالتخلية فهو لا- يخلو عن تأمل و إن شهد من عرفت بكونه موافقا للعرف فى مثل الحيوان لأن مجرد إعطاء المقود للمشترى أو مع ركوبه عليه قبض عرفا على الظاهر ثم المراد من النقل فى كلام من اعتبره هو نقل المشترى له لا نقل البائع كما هو الظاهر من عبارة المبسوط المتقدمة المصرح به فى جامع المقاصد. و أما رواية عقبة بن خالد المتقدمة فلا دلالة فيها على اعتبار النقل فى المنقول و إن استدل بها عليه فى التذكرة لما عرفت من أن الإخراج من البيت فى الرواية نظير الإخراج من اليد كناية عن رفع اليد و التخلية للمشترى حتى لا يبقى من مقدمات الوصول إلى المشترى إلا ما هو من فعله

و أما اعتبار الكيل و الوزن أو كفايته في قبض المكيل أو الموزون

فقد اعترف غير واحد بأنه تعبد لأجل النص الذى ادعى دلالته عليه مثل صحيحة معاوية بن وهب قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يبيع المبيع قبل أن يقبضه فقال ما لم يكن كيل أو وزن فلا يبعه حتى يكيله أو يزنه إلا أن يوليه بالذى قام عليه و صحيحة منصور بن حازم: إذا اشتريت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا أن توليه و فى صحيحة على بن جعفر عن أخيه: عن الرجل يشترى الطعام أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه قال إذا لم يربح عليه فلا بأس و إن ربح فلا يبعه حتى يقبضه و رواية أبى بصير: عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل أن يكيله قال لا يعجبنى أن يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيله أو يزنه إلا أن يوليه كما اشتراه إلى غير ذلك مما دل على اعتبار الكيل و الوزن لا من حيث اشتراط صحة المعاملة بهما و إلا لم يفرق بين التولية و غيرها فتعين لأمر آخر و ليس إلا من كون ذلك قبضا للإجماع كما فى المختلف على جواز بيع الطعام بعد قبضه و منه يظهر ما فى المسالك حيث إنه بعد ذكر صحيحة ابن وهب قال و التحقيق هنا أن الخبر الصحيح دل على النهى عن بيع المكيل و الموزون قبل اعتباره بهما لا على أن القبض لا يتحقق بدونهما و كون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا ينافى ذلك لأن الاعتبار بهما قبض و زيادة و حينئذ فلو قيل بالاكتفاء فى نقل الضمان فيهما بالنقل عملا بالعرف و الخبر الآخر و يتوقف ثانيا على الكيل و الوزن أمكن إن لم يكن إحداث قول انتهى. و الظاهر أن مراده بالخبر خبر عقبة بن خالد و قد عرفت ظهوره فى اعتبار النقل

[لا بد مع الكيل و الوزن من رفع يد البائع]

ثم إن ظاهر غير واحد كفاية الكيل و الوزن فى القبض من دون توقف على النقل و الظاهر أنه لا بد مع الكيل و الوزن من رفع يد البائع كما صرح به فى جامع المقاصد و لذا نبه فى موضع من التذكرة بأن الكيل شرط فى القبض

و كيف كان فالأولى فى المسألة ما عرفت من أن القبض له معنى واحد يختلف باختلاف الموارد و أن كون القبض هو الكيل و الوزن خصوصا فى باب الصدقة و تشخيص ما فى الذمة مشكل جدا لأن التعبد الشرعى على تقدير تسليمه مختص

المكاسب، ج۳، ص ۳۱۱

بالبيع إلا أن يكون إجماع على اتحاد معنى القبض فى البيع و غيره كما صرح به العلامة و الشهيدان و المحقق الثانى و غيرهم فى باب الرهن و الهبة و حكى فيها الاتفاق على الاتحاد عن ظاهر المسالك و استظهره الحاكى أيضا. و عن ظاهر المبسوط فى باب الهبة أن القبض هى التخلية فيما لا ينتقل و النقل و التحويل فى غيره لكن صرح فى باب الرهن بأن كلما كان قبضا فى البيوع كان قبضا فى الرهن و الهبات و الصدقات لا يختلف ذلك و عن القاضى أنه لا يكفى الرهن التخلية و لو قلنا بكفايته فى البيع يوجب استحقاق المبيع فيكفى التمكين منه و هنا لا استحقاق بل القبض سبب فى الاستحقاق بل و مقتضى هذا الوجه لحوق الهبة و الصدقة بالرهن و هذا الوجه حكاه فى هبة التذكرة عن بعض الشافعية فقال قدس سره القبض هنا كالقبض فى البيع ففيما لا ينقل و لا يحول التخلية و فيما ينقل و يحول النقل و التحويل و فيما يكال أو يوزن الكيل و الوزن ثم حكى عن بعض الشافعية عدم كفاية التخلية فى المنقول لو قلنا به فى البيع مستندا إلى أن القبض فى البيع مستحق و فى الهبة غير مستحق فاعتبر تحققه و لم يكتف بالوضع بين يديه و لذا لو أتلف المتهب الموهوب لم يصر قابضا بخلاف المشترى ثم ضعفه بأنه ليس بشىء لاتحاد القبض فى الموضعين و اعتبار العرف فيهما انتهى. و ظاهر عدم اكتفائه هنا بالوضع بين يديه مخالف للفرع المتقدم عنه إلا أن يلتزم بكفاية التخلية فى رفع الضمان و إن لم يكن قبضا كما أشرنا إليه سابقا-

فرعان

الأول قال في التذكرة لو باع دارا أو سفينة مشحونة بأمتعة البائع

و مكنه منها بحيث جعل له تحويلها من مكان إلى مكان كان قبضا و قال أيضا إذا كان المبيع في موضع لا يختص بالبائع- كفى في المنقول النقل من حيز إلى حيز و إن كان في موضع يختص به فالنقل من زاوية إلى أخرى بغير إذن البائع لا يكفي لجواز التصرف و يكفي لدخوله في ضمانه و إن نقل بإذنه حصل القبض و كأنه استعار البقعة المنقول إليها

الثاني [لو كيل أو وزن قبل البيع فهل يجب اعتباره ثانيا لتحقق القبض]

اشارة

قال في المسالك لو كان المبيع مكيلا أو موزونا فلا يخلو إما أن يكون قد كيل قبل البيع أو وزن أولا بأن أخبر البائع بكيله أو وزنه أو باعه قدرا معينا من صبرة مشتملة عليه فإن كان الآخر فلا بد في تحقق قبضه من كيله أو وزنه للنص المتقدم و إن كان الأول ففي افتقاره إلى الاعتبار ثانيا لأجل القبض أو الاكتفاء بالاعتبار الأول وجهان من إطلاق توقف الحكم على الكيل و الوزن و قد حصلا و قوله ع في النص: حتى يكيله أو يزنه لا- يدل على اعتبار أزيد من اعتبار الكيل و الوزن الشامل لما وقع قبل البيع و من أن الظاهر أن ذلك لأجل القبض لا لتحقق شرط صحة البيع الثاني فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد و به صرح العلامة و الشهيد و جماعة و هو الأقوى و يدل عليه قوله ع: إلا أن يوليه- فإن الكيل السابق شرط لصحة البيع فلا بد منه في التولية و غيرها فدل على أن ذلك لأجل القبض لا- لصحة البيع انتهى المهم من كلامه رحمه الله أقول يبعد التزام القائلين بهذا القول- ببقاء المكيل و الموزون بعد الكيل و الوزن و العقد عليه و الأخذ و التصرف في بعضه في ضمان البائع حتى يكيله ثانيا أو يزنه و إن لم يرد بيعه ثانيا و كذا لو كاله و قبضه ثم عقد عليه

[كلمات الفقهاء في المسألة]

اشارة

و قد تفطن لذلك المحقق الأردبيلي رحمه الله فيما حكى من حاصل كلامه حيث نزل ما دل على اعتبار الكيل و الوزن في البيع الثاني على ما إذا لم يعلم كيله أو وزنه بل وقع البيع الأول من دون كيل كما إذا اشترى أصوعا من صبرة مشتملة عليها أو اشترى بإخبار البائع أما إذا كاله بحضور المشتري ثم باعه إياه فأخذه و حمله إلى بيته و تصرف فيه بالطحن و العجن و الخبز فلا شك في كونه قبضا مسقطا للضمان مجوزا للبيع و لا يلزم تكلف البائع بكيله مرة أخرى للإقباض إلى أن قال ما حاصله أن كون وجوب الكيل مرة أخرى للقبض مع تحققه أولا عند الشراء كما نقله في المسالك عن العلامة و الشهيد و جماعة قدس الله أسرارهم و قواه ليس بقوى انتهى و قال في جامع المقاصد عند شرح قول المصنف إن التسليم بالكيل و الوزن فيما يكال أو يوزن على رأي المراد به الكيل الذي يتحقق به اعتبار البيع و لا بد من رفع البائع يده عنه فلو وقع الكيل و لم يرفع البائع يده فلا تسليم و لا قبض و لو أخبره البائع بالكيل أو الوزن فصدقه و أخذ على ذلك حصل القبض كما نص عليه في التذكرة ثم قال و لو أخذ المبيع جزافا أو أخذ ما اشتراه كيلا وزنا أو بالعكس فإن تيقن حصول الحق فيه صح و إلا فلا ذكره في التذكرة و الذي ينبغي أن يقال إن هذا الأخذ بإعطاء البائع موجب لانتقال ضمان المدفوع إلى المشتري و انتفاء سلطنة البائع لو أراد حبسه ليقبض الثمن لا التسلط على بيعه لأن بيع ما يكال أو يوزن قبل كيله أو وزنه على التحريم أو الكراهة و لو كيل قبل ذلك فحضر كيله أو وزنه ثم اشتراه و أخذه بذلك الكيل فهو كما لو أخبره بالكيل أو

الوزن بل هو أولى انتهى ثم الظاهر أن مراد المسالك مما نسبه إلى العلامة و الشهيد و جماعة من وجوب تجديد الاعتبار لأجل القبض ما ذكره في القواعد تفريعا على هذا القول أنه لو اشترى مكايلة و باع مكايلة فلا بد لكل بيع من كيل جديد ليتم القبض قال في جامع المقاصد في شرحه إنه لو اشترى ما لا يباع إلا مكايلة و باع كذلك لا بد لكل بيع من هذين من كيل جديد لأن كل بيع لا بد له من قبض قال بعد ذلك و لو أنه حضر الكيل المتعلق بالبيع الأول فاكتفى به أو أخبره البائع فصدقه لكفى نقله و قام ذلك مقام كيله و في الدروس بعد تقوية كفاية التخلية في رفع الضمان لا في زوال تحريم البيع أو كراهته قبل القبض قال نعم لو خلى بينه و بين المكيل فامتنع حتى يكتاله لم ينتقل إليه الضمان و لا يكفي الاعتبار الأول عن اعتبار القبض انتهى و هذا ما يمكن الاستشهاد به من كلام العلامة و الشهيد و المحقق الثاني لاختيارهم وجوب تجديد الكيل و الوزن لأجل القبض و إن كيل أو وزن قبل ذلك

[عدم ظهور كلمات الفقهاء في وجوب الاعتبار مرة أخرى]

اشارة

لكن الإنصاف أنه ليس في كلامهم و لا غيرهم ما يدل على أن الشيء الشخصي المعلوم كيله أو وزنه قبل العقد إذا عقد عليه وجب كيله مرة أخرى لتحقق القبض كما يظهر من المسالك فلا يبعد أن يكون كلام الشيخ قدس سره و من تبعه في هذا القول و كلام العلامة و من ذكر فروع هذا القول مختصا بما إذا عقد على كيل معلوم من كلي أو من صبرة معينة أو على جزئي محسوس على أنه كذا و كذا فيكون

المكاسب، ج۳، ص ۳۱۲

مراد الشيخ و الجماعة من قولهم اشترى مكايلة أنه اشترى بعنوان الكيل و الوزن في مقابل ما إذا اشترى ما علم كيله سابقا من دون تسمية الكيل المعين في العقد لكونه لغوا و الظاهر أن هذا هو الذي يمكن أن يعتبر في القبض في غير البيع أيضا من الرهن و الهبة فلو رهن إناء معينا من صفر مجهول الوزن أو معلوم الوزن أو وهبه خصوصا على القول بجواز هبة المجهول فالظاهر أنه لا يقول أحد بأنه يعتبر في قبضه وزنه مع عدم تعلق غرض في الهبة بوزنه أصلا. نعم لو رهن أو وهب مقدارا معينا من الكيل أو الوزن أمكن القول باشتراط اعتباره في قبضه و إن قبضه جزافا كلا قبض فظهر أن قوله في القواعد اشترى مكايلة و هو العنوان المذكور في المبسوط لهذا القول كما عرفت عند نقل الأقوال يراد به ما ذكرنا لا ما عرفت من جامع المقاصد و يؤيده تكرار المكايلة في قوله و باع مكايلة و يشهد له أيضا قول العلامة في غير موضع من التذكرة لو قبض جزافا ما اشتراه مكايلة و يشهد له أيضا قوله في موضع آخر لو أخذ ما اشترى كيلا وزنا و بالعكس فإن تيقن حصول الحق فيه إلخ و أظهر من ذلك فيما ذكرنا ما في المبسوط فإنه بعد ما صرح باتحاد معنى القبض في الرهن و غيرهما ذكر أنه لو رهن صبرة على أنه كيل كذا فقبضه أن يكيله و لو رهنها جزافا فقبضه أن ينقله من مكانه مع أنه اختار عدم جواز بيع الصبرة جزافا فافهم و أما قوله في الدروس فلا يكفي الاعتبار الأول عن اعتبار القبض فلا يبعد أن يكون تتمة لما قبله من قوله نعم لو خلى بينه و بينه فامتنع حتى يكتاله و مورده بيع كيل معين كلي فلا- يدل على وجوب تجديد اعتبار ما اعتبر قبل العقد

[استثناء بيع التولية ليس قرينة على وجوب الاعتبار مرة أخرى]

ثم إن ما ذكره في المسالك في صحيحة ابن وهب أولا- من أن قوله: لا- يبعه حتى يكيله يصدق مع الكيل السابق ثم استظهاره ثانيا بقرينة استثناء بيع التولية أن المراد غير الكيل المشترط في صحة العقد لم يعلم له وجه إذ المراد من الكيل و الوزن في تلك الصحيحة و غيرها هو الكيل المتوسط بين البيع الأول و الثاني و هذا غير قابل لإرادة الكيل المصحح للبيع الأول فلا وجه لما ذكره أولا أصلا و لا وجه لإرادة المصحح للبيع الثاني حتى يكون استثناء التولية قرينة على عدم إرادته لاشتراك التولية مع غيرها في توقف صحتهما على

الاعتبار لأن السؤال عن بيع الشيء قبل قبضه ثم الجواب بالفرق بين المكيل و الموزون لا يمكن إرجاعها إلى السؤال و الجواب عن شرائط البيع الثانى بل الكلام سؤالا و جوابا نص فى إرادة قابلية المبيع قبل القبض للبيع و عدمها فالأولى أن استثناء التولية ناظر إلى الفرق بين البيع مكايلة بأن يبيعه ما اشتراه على أنه كيل معين فيشترط قبضه بالكيل و الوزن ثم إقباضه و بين أن يوليه البيع الأول من غير تعرض فى العقد لكيله و وزنه فلا- يعتبر توسط قبض بينهما بل يكفى قبض المشترى الثانى عن الأول. و بالجملة فليس فى الصحيحة تعرض لصورة كيل الشيء أولا قبل البيع ثم العقد عليه و التصرف فيه بالنقل و التحويل و أن بيعه ثانيا بعد التصرف هل يحتاج إلى كيل جديد لقبض البيع الأول لا لاشتراط معلومية البيع الثانى أم لا بل ليس فى كلام المتعرضين لبيع ما لم يقبض تعرض لهذه الصورة

@@@@@@@@@@@@@@@@

القول فى وجوب القبض

مسألة يجب على كل من المتبايعين تسليم ما استحقه الآخر بالبيع

اشاره

لاقتضاء العقد لذلك فإن قال كل منهما لا أدفع حتى أقبض فالأقوى إجبارهما معا وفاقا للمحكى عن السرائر و الشرائع و كتب العلامة و الإيضاح و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و غيرها- و عن ظاهر التنقيح الإجماع عليه لما فى التذكرة- من أن كلا منهما قد وجب له حق على صاحبه و عن الخلاف أنه يجبر البائع أولا على تسليم المبيع ثم يجبر المشترى على تسليم الثمن سواء كان الثمن عينا أو فى الذمة لأن الثمن إنما يستحق على المبيع فيجب أولا تسليم المبيع ليستحق الثمن و لعل وجهه دعوى انصراف إطلاق العقد إلى ذلك و لذا استقر العرف إلى تسمية الثمن عوضا و قيمة و لذا يقبحون مطالبة الثمن قبل دفع المبيع كما يقبحون مطالبة الأجرة قبل العمل أو دفع العين المستأجرة و الأقوى ما عليه الأكثر-

[محل الخلاف فى المسألة]

اشاره

ثم إن ظاهر جماعة أن محل فى هذه المسألة بين الخاصة و العامة ما لو كان كل منهما باذلا و تشاحا فى البدأة و التسليم لا ما إذا امتنع أحدهما عن البذل قال فى المبسوط بعد اختياره أولا إجبارهما معا على القابض ثم الحكم بأن تقديم البائع فى الإجبار أولى قال هذا إذا كان كل منهما باذلا و أما إذا كان أحدهما غير باذل أصلا و قال لا أسلم ما على أجبره الحاكم على البذل فإذا حصل البذل حصل الخلاف فى أن أيهما يدفع هذا إذا كان موسرا قادرا على إحضار الثمن فإن كان معسرا كان للبائع الفسخ و الرجوع إلى عين ماله كالمفلس انتهى و قال فى التذكرة توهم قوم أن الخلاف فى البداءة بالتسليم خلاف فى أن البائع هل له حق الحبس أم لا إن قلنا بوجوب البدأة للبائع فليس له حبس المبيع إلى استيفاء الثمن و إلا فله ذلك و نازع أكثر الشافعية فيه و قالوا هذا الخلاف مختص بما إذا كان نزاعهما فى مجرد البدأة و كان كل منهما يبذل ما عليه و لا يخاف فوت ما عند صاحبه فأما إذا لم يبذل البائع المبيع و أراد حبسه خوفا من تعذر تحصيل الثمن فله ذلك بلا خلاف و كذا للمشترى حبس الثمن خوفا من تعذر تحصيل المبيع انتهى. و قد صرح بعض آخر أيضا بعدم الخلاف فى جواز الحبس لامتناع الآخر من التسليم و لعل الوجه فيه أن عقد البيع مبنى على التقابض و كون

المعاملة یدا بید فقد التزم کل منهما بتسلیم العین مقارنا لتسلیم صاحبه و التزم علی صاحبه أن لا یسلمه مع الامتناع فقد ثبت بإطلاق العقد لکل منهما حق الامتناع مع امتناع صاحبه فلا یرد أن وجوب التسلیم علی کل منهما لیس مشروطا بتحققه من الآخر فلا یسقط التکلیف بإزاء مال الغیر عن أحدهما بمعصیته الآخر و أن ظلم أحدهما لا یسوغ ظلم الآخر هذا کله مع عدم التأجیل فی أحد العوضین-

فلو کان أحدهما مؤجلا

لم یجز حبس الآخر. قال فی التذکرة و لو لم یتفق تسلیمه حتی حل الأجل لم یکن له الحبس أیضا و لعل وجهه أن غیر المؤجل قد التزم بتسلیمه من دون تعلیق علی تسلیم المؤجل أصلا و هذا مما یؤید أن حق الحبس لیس لمجرد ثبوت حق للحابس علی الآخر فیکون الحبس بإزاء الحبس.

[لو قبض الممتنع بدون رضا صاحبه]

ثم إن مقتضی ما ذکرنا من عدم وجوب التسلیم مع امتناع الآخر و عدم استحقاق الممتنع لقبض ما فی ید صاحبه أنه لو قبضه الممتنع بدون رضا صاحبه لم یصح القبض فصحة القبض بأحد أمرین

المکاسب، ج۳، ص ۳۱۳

أما إقباض ما فی یده لصاحبه فله حینئذ قبض ما فی ید صاحبه و لو بغیر إذنه و أما إذن صاحبه سواء أقبض ما فی یده أم لا کما صرح بذلک فی المبسوط و التذکرة و صرح فیهما بأن له مطالبة القابض برد ما قبض بغیر إذنه لأن له حق الحبس و التوثق إلی أن یستوفی العوض و فی موضع من التذکرة أنه لا ینفذ تصرفه فیه و مراده التصرف المتوقف علی القبض کالبیع أو مطلق الاستبدال

ثم إذا ابتدأ أحدهما بالتسلیم

إما لوجوبه علیه کالبائع علی قول الشیخ أو لتبرعه بذلک أجبر الآخر علی التسلیم و لا یحجر علیه فی ما عنده من العوض و لا فی مال آخر لعدم الدلیل.

مسألة یجب علی البائع تفریغ المبیع من أمواله مطلقا و من غیرها فی الجملة

اشاره

و هذا الوجوب لیس شرطیا بالنسبة إلی التسلیم و إن أوهمه بعض العبارات ففی غیر واحد من الکتب أنه یجب تسلیم المبیع مفرغا و المراد إرجاع الحکم إلی القید و إلا فالتسلیم یحصل بدونه و قد تقدم عن التذکرة

[الاستدلال علیه]

و كيف كان فيدل على وجوب التفريغ ما دل على وجوب التسليم فإن إطلاق العقد كما يقتضى أصل التسليم كذلك يقتضى التسليم مفرغا فإن التسليم بدونه كالعدم بالنسبة إلى غرض المتعاقدين و إن ترتب عليه أحكام تعبدية كالدخول فى ضمان المشترى و نحوه

[لو مضت مدة و لم يتمكن البائع من التفريغ أو لم يفرغ]

فلو كان فى الدار متاع وجب نقله فورا فإن تعذر ففى أول أزمنة الإمكان و لو تراخى زمان الإمكان و كان المشترى جاهلا كان له الخيار لو تضرر بفوات بعض منافع الدار عليه و فى ثبوت الأجرة- لو كان لبقائه أجرة إلى زمان الفراغ وجه

[لو كان فى الأرض زرع للبائع]

و لو كان تأخير التفريغ بتقصيره فينبغى الجزم بالأجرة كما جزموا بها مع امتناعه من أصل التسليم و لو كان فى الأرض زرع قد أحصد وجب إزالته لما ذكرنا و إن لم يحصد وجب الصبر إلى بلوغ أوانه للزوم تضرر البائع بالقلع و أما ضرر المشترى فينجبر بالخيار مع الجهل كما لو وجدها مستأجرة و من ذلك يعلم عدم الأجرة لأنه اشترى أرضا تبين أنها مشغولة فلا يثبت أكثر من الخيار و يحتمل ثبوت الأجرة لأنه اشترى أرضا لا يستحق عليها الاشتغال بالزرع و المالك قد ملك الزرع غير مستحق للبقاء فيتخير بين إبقائه بالأجرة و بين قلعه لتقديم ضرر القلع على ضرر فوات منفعة الأرض بالأجرة و يحتمل تخيير المشترى بين إبقائه بالأجرة و قلعه بالأرش و يحتمل ملاحظة الأكثر ضررا

و لو احتاج تفريغ الأرض إلى هدم شيء هدمه بإذن المشترى

و عليه طم ما يطم برضا المالك و إصلاح ما استهدم أو الأرش على اختلاف الموارد فإن مثل قلع الباب أو قلع ساجة منه إصلاحه إعادته بخلاف هدم حائط فإن الظاهر لحوقه بالقيمى فى وجوب الأرش له و المراد بالأرش قيمة الهدم لا أرش العيب.
و بالجملة فمقتضى العرف إلحاق بعض ما استهدم بالمثلى و بعضه بالقيمى و لو ألحق مطلقا بالقيمى كان له وجه و يظهر منهم فيما لو هدم أحد الشريكين الجدار المشترك بغير إذن صاحبه أقوال ثلاثة الإعادة مطلقا كما فى الشرائع و عن المبسوط و الأرش كذلك كما عن العلامة و المحقق و الشهيد الثانيين و التفصيل بين ما كان مثليا كحائط البساتين و المزارع و إلا فالأرش كما عن الدروس و الظاهر جريان ذلك فى كسر الباب و الشبابيك و فتق الثوب من هذا القبيل.

مسألة لو امتنع البائع من التسليم

فإن كان لحق كما لو امتنع المشترى عن تسليم الثمن فلا- إثم و هل عليه أجرة مدة الامتناع احتمله فى جامع المقاصد إلا أن منافع الأموال الفائتة بحق لا دليل على ضمانها و على المشترى نفقة المبيع. و فى جامع المقاصد ما أشبه هذه بمثل منع الزوجة نفسها حتى تقبض المهر فإن فى استحقاقها النفقة ترددا قال و يحتمل الفرق بين الموسر و المعسر انتهى و يمكن الفرق بين النفقة فى المقامين و لو طلب من البائع الانتفاع به فى يده ففى وجوب إجابته وجهان و لو كان امتناعه لا لحق- وجب عليه الأجرة لأنه عاد و مقتضى القاعدة أن نفقته على المشترى

الكلام فى أحكام القبض

اشارة

الكلام فى أحكام القبض
و هى التى تلحقه بعد تحققه

مسألة من أحكام القبض انتقال الضمان ممن نقله إلى القابض

اشارة

فقبله يكون مضمونا عليه بعوضه إجماعا مستفيضا- بل محققا و يسمى ضمان المعاوضة

[الاستدلال عليه بالنبوى المشهور]

و يدل عليه قبل الإجماع النبوى المشهور: كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه و ظاهره بناء على جعل من للتبعيض أنه بعد التلف يصير مالا للبائع لكن إطلاق المال على التالف إنما هو باعتبار كونه مالا عند التلف و بهذا الاعتبار يصح أن يقع هو المصالح عنه إذا أتلفه الغير لا قيمته كما صرح به فى باب الصلح من الشرائع و التحرير و حينئذ فلا بد من أن يكون المراد بالنبوى أن المبيع يكون تالفا من مال البائع و مرجع هذا إلى انفساخ العقد قبل التلف آنا ما ليكون التالف مالا للبائع.
و الحاصل أن ظاهر الرواية صيرورة المبيع مالا-للبائع بعد التلف لكن لما لم يتعقل ذلك تعين إرادة وقوع التلف على مال البائع و مرجعه إلى ما ذكره فى التذكرة و تبعه من تأخر عنه من أنه يتجدد انتقال الملك إلى البائع قبل الهلاك بجزء لا يتجزأ من الزمان و ربما يقال تبعا للمسالك إن ظاهر كون المبيع التالف قبل القبض من مال البائع يوهم خلاف هذا المعنى و لعله لدعوى أن ظاهر كونه من ماله كون تلفه من ماله بمعنى كون دركه عليه فيوهم ضمانه بالمثل و القيمة.

[الضمان فى المسألة ضمان المعاوضة لا ضمان اليد]

و مما ذكرنا من أن معنى الضمان هنا يرجع إلى انفساخ العقد بالتلف و تلف المبيع فى ملك البائع و يسمى ضمان المعاوضة لا ضمانه عليه مع تلفه من المشترى كما فى المغصوب و المستام و غيرهما و يسمى ضمان اليد يعلم أن الضمان فيما نحن فيه حكم شرعى لا حق مالى فلا يقبل الإسقاط و لذا لو أبرأه المشترى من الضمان لم يسقط كما نص عليه فى التذكرة و الدروس و ليس الوجه فى ذلك أنه إسقاط ما لم يجب كما قد يتخيل.

[الاستدلال على ضمان البائع قبل القبض برواية عقبة أيضا]

و يدل على الحكم المذكور أيضا رواية عقبة بن خالد عن أبى عبد الله ع:

فی رجل اشتری متاعا من رجل و أوجبه غیر أنه ترک المتاع عنده و لم یقبضه قال آتیک غدا إن شاء الله فسرق المتاع من مال من یکون قال من مال صاحب المتاع الذی هو فی بیته حتی یقبض المتاع و یخرجه من بیته فإذا أخرجه من بیته فالمبتاع ضامن لحقه حتی یرد إلیه ماله و لعل الروایهٔ أظهر دلالهٔ- علی الانفساخ قبل التلف من النبوی

[عدم الخلاف فی المسألهٔ]

و کیف کان فلا خلاف فی المسألهٔ أعنی بطلان البیع عند التلف لا من أصله لأن تقدیر مالیهٔ البائع قبل التلف مخالف لأصالهٔ بقاء العقد و إنما احتیج إلیه لتصحیح ما فی النص من الحکم بکون التالف من مال البائع فیرتکب بقدر الضرورهٔ

[نماء المبیع قبل التلف للمشتری]

و یترتب علی ذلک کون النماء قبل التلف للمشتری. و فی معناه الرکاز الذی یجده

المکاسب، ج۳، ص ۳۱۴

العبد و ما وهب منه فقبله و قبضه أو أوصی له به فقبله کما صرح به فی المبسوط و التذکرهٔ و صرح العلامهٔ بأن مئونهٔ تجهیزه لو کان مملوکا علی البائع و هو مبنی علی ثبوت الملک التحقیقی قبل التلف لا مجرد تقدیر الملک الذی لا بد فیه من الاقتصار علی الحکم الثابت المحوج إلی ذلک التقدیر دون ما عداه من باقی آثار المقدر إلا أن یقال بأن التلف من البائع یدل التزاما علی الفسخ الحقیقی

[تعذر الوصول بحکم التلف]

ثم إنه یلحق بالتلف تعذر الوصول إلیه عادهٔ مثل سرقته علی وجه لا یرجی عوده و علیه تحمل روایهٔ عقبهٔ المتقدمهٔ. قال فی التذکرهٔ وقوع الدرهٔ فی البحر قبل القبض کالتلف و کذا انفلات الطیر و الصید المتوحش و لو غرق البحر الأرض المبیعهٔ أو وقع علیها صخور عظیمهٔ من جبل أو کسیها رمل فهی بمثابهٔ التلف أو یثبت به الخیار للشافعیهٔ وجهان أقواهما الثانی و لو أبق العبد قبل القبض أوضاع فی انتهاب العسکر لم ینفسخ البیع لبقاء المالیهٔ و رجاء العود انتهی و فی التذکرهٔ أیضا لو هرب المشتری قبل وزن الثمن و هو معسر مع عدم الإقباض احتمل أن یملک البائع الفسخ فی الحال لتعذر استیفاء الثمن و الصبر ثلاثهٔ أیام للروایهٔ و الأول أقوی لورودها فی الباذل و إن کان موسرا أثبت البائع ذلک عند الحاکم ثم إن وجد له مالا قضاه و إلا باع المبیع و قضی منه و الفاضل للمشتری و المعوز علیه انتهی و فی غیر موضع مما ذکره تأمل

[لو کان القبض غیر واجد لشرائط الصحهٔ]

ثم إن ظاهر کثیر من الأصحاب أنه لا یعتبر فی القبض المسقط للضمان وقوعه صحیحا جامعا لما یعتبر فیه فلو وقع بغیر إذن ذی الید کفی فی رفع الضمان- کما صرح به فی التذکرهٔ و الدروس و غیرهما و لو لم یتحقق الکیل و الوزن بناء علی اعتبارهما فی قبض المکیل ففی سقوط الضمان بمجرد نقل المشتری قولان قال فی التذکرهٔ فی باب بیع الثمار إنه لو اشتری طعاما مکایلهٔ فقبض جزافا فهلک فی یده فهو من ضمان المشتری لحصول القبض و إن جعلنا الکیل شرطا فیه فالأقرب أنه من ضمان البائع انتهی و قد تقدم عن

جامع المقاصد سقوط الضمان هنا بناء علی اشتراط الکیل فی القبض و لا یخلو عن قوة

[هل یکتفی بالتخلیة فی سقوط الضمان]

و هل یکتفی بالتخلیة علی القول بعدم کونها قبضا فی سقوط الضمان قولان لا یخلو السقوط من قوة و إن لم نجعله قبضا و کذا الکلام فیما لو وضع المشتری یده علیه و لم ینقله بناء علی اعتبار النقل فی القبض هذا کله حکم التلف السماوی.

و أما الإتلاف

اشارة

فإما أن یکون من المشتری و إما أن یکون من البائع و إما أن یکون من الأجنبی

فإن کان من المشتری

فالظاهر عدم الخلاف فی کونه بمنزلة القبض فی سقوط الضمان لأنه قد ضمن ماله بإتلافه و حجته الإجماع لو تم و إلا فانصراف النص إلی غیر هذا التلف فیبقی تحت القاعدة. قال فی التذکرة هذا إذا کان المشتری عالما و إن کان جاهلا بأن قدم البائع الطعام المبیع إلی المشتری فأکله هل یجعل قابضا الأقرب أنه لا یصیر قابضا و یکون بمنزلة إتلاف البائع ثم مثل له بما قدم المغصوب إلی المالک فأکله أقول هذا مع غرور البائع لا بأس به أما مع عدم الغرور ففی کونه کالتلف السماوی وجهان- و لو صال العبد علی المشتری فقتله دفعا ففی التذکرة أن الأصلح أنه لا یستقر علیه الثمن. و حکی عن بعض الشافعیة الاستقرار لأنه قتله فی عرض نفسه

و لو أتلفه البائع

ففی انفساخ البیع کما عن المبسوط و الشرائع و التحریر لعموم التلف فی النص- لما کان بإتلاف حیوان أو إنسان أو کان بآفة أو ضمان البائع للقیمة لخروجه عن منصرف دلیل الانفساخ فیدخل تحت قاعدة إتلاف مال الغیر أو التخییر بین مطالبته بالقیمة أو بالثمن إما لتحقق سبب الانفساخ و سبب الضمان فیتخیر المالک فی العمل بأحدهما و إما لأن التلف علی هذا الوجه إذا خرج عن منصرف دلیل الانفساخ لحقه حکم تعذر تسلیم المبیع فیثبت الخیار للمشتری لجریان دلیل تعذر الانفساخ التسلیم هنا و هذا هو الأقوی و اختاره فی التذکرة و الدروس و جامع المقاصد و المسالک و غیرها و عن حواشی الشهید نسبه إلی أصحابنا العراقیین فإن اختار المشتری القیمة فهل للبائع حبس القیمة علی الثمن وجهان من أنها بدل عن العین و من أن دلیل الحبس و هو الانفهام من العقد یختص بالمبدل أقواهما العدم و لو قبض المشتری بغیر إذن البائع حیث یکون له الاسترداد فأتلفه البائع فی ید المشتری ففی کونه کإتلافه قبل القبض فیکون فی حکم الاسترداد کما أن إتلاف المشتری فی ید البائع بمنزلة القبض أو کونه إتلافا له بعد القبض موجبا للقیمة لدخول المبیع فی ضمان المشتری بالقبض و إن کان ظالما فیه وجهان اختار أولهما فی التذکرة

و لو أتلفه أجنبی

جاء الوجوه الثلاثة المتقدمة إلا أن المتعین منها هو التخییر لما تقدم و لو لا شبهه الإجماع علی عدم تعین القیمة تعین الرجوع إلیها بعد

فرض انصراف دليل الانفساخ إلى غير ذلك.

مسألة تلف الثمن المعين قبل القبض كتلف المبيع المعين

فى جميع ما ذكر كما صرح فى التذكرة و هو ظاهر عبارة الدروس حيث ذكر أن بالقبض ينتقل الضمان إلى القابض بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه.

قال فى المبسوط لو اشترى عبدا بثوب و قبض العبد و لم يسلم الثوب فباع العبد صح بيعه و إذا باعه و سلمه ثم تلف الثوب انفسخ البيع و لزمه قيمة العبد لبائعه لأنه لا يقدر على رده انتهى و فى باب الصرف من السرائر نظير ذلك و قد ذكر هذه المسألة أيضا فى الشرائع و كتب العلامة و الدروس و جامع المقاصد و المسالك و غيرها أعنى مسألة من باع شيئا معينا بشىء معين ثم بيع أحدهما ثم تلف الآخر و حكموا بانفساخ البيع الأول و قد صرحوا بنظير ذلك فى باب الشفعة أيضا و بالجملة فالظاهر عدم الخلاف فى المسألة و يمكن أن يستظهر من رواية عقبة المتقدمة حيث ذكر فى آخرها أن المبتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله بناء على عود ضمير الحق إلى البائع بل ظاهر بعضهم شمول النبوى له بناء على صدق المبيع على الثمن قال كما فى التذكرة- أو أكلت الشاة ثمنها المعين قبل القبض فإن كانت فى يد المشترى فكإتلافه و إن كانت فى يد البائع فكإتلافه و إن كانت فى يد أجنبى فكإتلافه و إن لم تكن فى يد أحد انفسخ البيع لأن المبيع هلك قبل القبض بأمر لا ينسب إلى آدمى فكان كالسماوية انتهى ثم إنه هل يلحق العوضان فى غير البيع من المعاوضات به فى هذا الحكم لم أجد أحد أصرح بذلك نفيا أو إثباتا نعم ذكروا فى الإجارة و الصداق و عوض الخلع ضمانها لو تلف قبل القبض لكن ثبوت الحكم عموما مسكوت عنه فى كلماتهم إلا أنه يظهر من بعض مواضع التذكرة عموم الحكم لجميع المعاوضات على وجه يظهر كونه

المكاسب، ج۳، ص ۳۱۵

من المسلمات قال فى مسألة جواز بيع ما انتقل بغير البيع قبل القبض و المال المضمون فى يد الغير بالقيمة كالعارية المضمونة أو بالتفريط و يسمى ضمان اليد يجوز بيعه قبل قبضه لتمام الملك فيه إلى أن قال أما ما هو مضمون فى يد الغير بعوض فى عقد معاوضة فالوجه جواز بيعه قبل قبضه كمال الصلح و الأجرة المعينة لما تقدم و قال الشافعى لا يصح لتوهم الانفساخ بتلفه كالبيع انتهى و ظاهر هذا الكلام كونه مسلما بين الخاصة و العامة.

مسألة لو تلف بعض المبيع قبل قبضه

فإن كان مما يقسط الثمن عليه انفسخ البيع فيه

فيما يقابله من الثمن لأن التالف مبيع تلف قبل قبضه فإن البيع يتعلق لكل جزء إذ البيع عرفا ليس إلا التمليك بعوض و كل جزء كذلك. نعم إسناد البيع إلى جزء واحد مقتصرا عليه يوهم انتقاله بعقد مستقل و لذا لم يطلق على بيع الكل البيوع المتعددة و كيف كان فلا إشكال و لا خلاف فى المسألة

إن كان الجزء مما لا يتقسط عليه الثمن

كيد العبد فالأقوى أنه كالوصف الموجب للتعيب فإن قلنا بكونه كالحادث قبل العقد فالمشترى مخير بين الرد و الأرش و إلا كان له

الرد فقط بل عن الإيضاح أن الأرش هنا أظهر لأن المبيع هو مجموع بدن العبد و قد نقص بعضه بخلاف نقصان الصفة و فيه تأمل بل ظاهر الشرائع عدم الأرش هنا مع قوله به في العيب فتأمل.

و كيف كان فالمهم نقل الكلام إلى حكم العيب الحادث قبل القبض

اشارة

و الظاهر المصرح به في كلام غير واحد أنه لا خلاف في أن للمشتري الرد-

و أما الخلاف في الأرش

اشارة

ففي الخلاف عدمه مدعيا عدم الخلاف فيه و هو المحكي عن الحلي و ظاهر المحقق و تلميذه و كاشف الرموز لأصالة لزوم العقد و إنما ثبت الرد لدفع تضرر المشتري به و عن النهاية ثبوته و اختاره العلامة و الشهيدان و المحقق الثاني و غيرهم و عن المختلف نقله عن القاضي و الحلبي و عن المسالك أنه المشهور-

[المشهور ثبوت الأرش و الاستدلال عليه]

اشارة

و استدلوا عليه بأن الكل مضمون قبل القبض فكذا أبعاضه و صفاته و أورد عليه بأن معنى ضمان الكل انفساخ العقد و رجوع الثمن إلى المشتري و المبيع إلى البائع. و هذا المعنى غير متحقق في الوصف لأن انعدامه بعد العقد في ملك البائع لا يوجب رجوع ما قابله من عين الثمن بل يقابل بالأعم منه و مما يساويه من غير الثمن لأن الأرش لا يتعين كونه من عين الثمن و يدفع بأن وصف الصحة لا يقابل ابتداء بجزء من عين الثمن و لذا يجوز دفع بدله من غير الثمن مع فقده بل لا يضمن بمال أصلا لجواز إمضاء العقد على المعيب بلا شيء و حينئذ فتلفه على المشتري لا يوجب رجوع شيء إلى المشتري فضلا عن جزء من عين الثمن بخلاف الكل و الأجزاء المستقلة في التقويم. فحاصل معنى الضمان إذا انتفى وصف الصحة قبل العقد أو انعدم بعد العقد و قبل القبض هو تقدير التلف المتعلق بالعين أو الوصف في ملك البائع في المقامين و أن العقد من هذه الجهة كأن لم يكن و لازم هذا انفساخ العقد رأسا إذا تلف تمام المبيع و انفساخه بالنسبة إلى بعض أجزائه إذا تلف البعض و انفساخ العقد بالنسبة إلى الوصف بمعنى فواته في ملكه و تقدير العقد كأن لم يكن بالنسبة إلى حدوث هذا العيب فكان العيب حدث قبل العقد و العقد قد وقع على عين معيبة فيجري فيه جميع أحكام العيب من الخيار و جواز إسقاط الخيار ردا و أرشا

[ما يؤيد ثبوت الأرش]

و يؤيد ما ذكرنا من اتحاد معنى الضمان بالنسبة إلى ذات المبيع و وصف صحته الجمع بينهما في تلف الحيوان في أيام الخيار و تعيبه في صحيح ابن سنان: عن الرجل يشتري الدابة أو العبد فيموت أو يحدث فيه حدث على من ضمان ذلك قال على البائع يمضي الشرط. فقوله ع: على البائع حكم بالضمان لموت العبد و حدوث حدث فيه بفوات جزء أو وصف و معناه تقدير وقوعه في ملك البائع.

[الإشكال فی ثبوت الأرش]

نعم قد يشكل الحكم المذكور لعدم الدليل على ضمان الوصف لأن الضمان بهذا المعنى حكم مخالف للأصل يقتصر فيه على محل النص و الإجماع و هو تلف الكل أو البعض و لو لا الإجماع على جواز الرد لأشكل الحكم به أيضا إلا أنه لما استند فی الرد إلى نفی الضرر قالوا إن الضرر المتوجه إلى المبيع قبل القبض يجب تداركه على البائع و حينئذ فقد يستوجه ما ذكره العلامة من أن الحاجة قد تمس إلى المعاوضة فيكون فی الرد ضرر و كذلك فی الإمساك بغير أرش فيوجب التخيير بين الرد و الأرش لنفی الضرر لكن فيه أن تدارك ضرر الصبر على المعيب يتحقق بمجرد الخيار فی الفسخ و الإمضاء كما فی سائر موارد الضرر الداعی إلى الحكم بالخيار هذا

[الأقوى قول المشهور]

و مع ذلك فقول المشهور لا يخلو عن قوة

هذا كله مع تعيبه بآفة سماوية

و أما لو تعيب بفعل أحد

فإن كان هو المشتری فلا ضمان بأرشه و إلا كان له على الجانی أرش جنايته- لعدم الدليل على الخيار فی العيب المتأخر إلا أن يكون بآفة سماوية و يحتمل تخيير المشتری بين الفسخ و الإمضاء مع تضمين الجانی لأرش جنايته بناء على جعل العيب قبل القبض مطلقا موجبا للخيار و مع الفسخ يرجع البائع على الأجنبی بالأرش- .

مسألة الأقوى من حيث الجمع بين الروايات حرمة بيع المكيل و الموزون قبل قبضه إلا تولية

لصحيحة ابن حازم المروية فی الفقيه: إذا اشتريت متاعا فيه كيل أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا توليه فإن لم يكن فيه كيل أو وزن فبعه و صحيح الحلبی فی الكافی عن أبی عبد الله ع قال: فی الرجل يبتاع الطعام ثم يبيعه قبل أن يكتال قال لا يصلح له ذلك و صحيحة الآخر فی الفقيه قال: سألت أبا عبد الله ع عن قوم اشتروا بزا فاشتركوا فيه جميعا و لم يقتسموا أ يصلح لأحد منهم بيع بزه قبل أن يقبضه و يأخذ ربحه قال لا بأس به و قال إن هذا ليس بمنزلة الطعام لأن الطعام يكال بناء على أن المراد قبل أن يقبضه من البائع أما إذا أريد من ذلك عدم قبض حصته من يد الشركاء فلا يدل على ما نحن فيه لتحقق القبض بحصوله فی يد أحد الشركاء المأذون عن الباقی. و رواية معاوية بن وهب قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه فقال ما لم يكن كيل أو وزن فلا يبعه حتى يكيله أو يزنه إلا أن يوليه بالذی قام عليه و صحيحة منصور فی الفقيه قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل يشتری مبيعا ليس فيه كيل و لا وزن أ له أن يبيعه مرابحة قبل أن يقبضه و يأخذ ربحه قال لا بأس بذلك ما لم يكن كيل أو وزن فإن هو قبضه كان أبرء لنفسه و صحيح الحلبی: فی الرجل يبتاع الطعام أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه قال إذا ربح لم يصلح حتى يقبضه و إن كان تولية فلا بأس و خبر حزام المروی عن مجالس الطوسی

المكاسب، ج۳، ص ۳۱۶

قال: ابتعت طعاما من طعام الصدقة فأربحت فيه قبل أن أقبضه فأردت بيعه فسألت النبی ص فقال لا تبعه حتى تقبضه و مفهوم رواية خالد بن حجاج الكرخی قال: قلت لأبی عبد الله ع أشتری الطعام إلى أجل مسمى فطلبه التجار منی بعد ما اشتريت قبل أن أقبضه قال لا بأس إلى أن تبيع إلى أجل كما اشتريت إليه الخبر و المراد تأجيل الثمن و قوله كما اشتريت إشارة إلى كون البيع تولية فيدل على ثبوت البأس فی غير التولية و مصححة علی بن جعفر عن أخيه: عن الرجل يشتری الطعام أ يصلح بيعه قبل أن يقبضه قال إذا ربح لم

يصلح حتى يقبض و إن كان تولية فلا بأس و في معناها رواية أخرى خلافا للمحكى عن الشيخين في المقنعة و النهاية و القاضي و المشهور بين المتأخرين- فالكراهة لروايات صارفة لظواهر الروايات المتقدمة إلى الكراهة مثل ما في الفقيه في ذيل رواية الكرخي المتقدمة: قلت لأبي عبد الله ع أشتري الطعام من الرجل ثم أبيعه من رجل آخر قبل أن أكتاله فأقول له ابعث وكيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته قال لا بأس و رواية جميل بن دراج عن أبي عبد الله ع: في الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه قال لا بأس و يوكل الرجل المشتري منه بقبضه وكيله قال لا بأس.

[الأولى حمل الروايات المجوزة على التولية]

اشارة

و هذه الروايات مطلقة يمكن حملها على التولية و هو أولى من حمل تلك الأخبار على الكراهة مع أن استثناء التولية حينئذ يوجب نفي الكراهة فيها مع أن الظاهر عدم الخلاف في الكراهة فيها أيضا بين أرباب هذا القول و إن كانت أخف

[الاستئناس للجمع بالكراهة بخبر أبي بصير و المناقشة فيه]

و من ذلك يعلم ما في الاستيناس للجمع بالكراهة بخبر أبي بصير: سألت أبا عبد الله ع عن رجل اشترى طعاما ثم باعه قبل أن يكيله قال لا يعجبني أن يبيع كيلا أو وزنا قبل أن يكيله أو يزنه إلا أن يوليه كما اشتراه فلا بأس أن يوليه كما اشتراه إذا لم يربح به أو يضع و ما كان عنده من شيء ليس بكيل و لا وزن فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه بناء على أن قوله لا يعجبني ظاهر في الكراهة فإن ذلك يوجب رفع الكراهة رأسا في التولية لأنه في قوة أن ذلك في التولية ليس مما لا يعجبني مع أن القائلين بالكراهة لا يفرقون بين التولية و غيرها في أصل الكراهة و إن صرح بعضهم بكونها في التولية أخف

و ربما يستدل على الجواز بصحيحتي الحلبي و ابن مسلم

في جواز بيع الثمرة المشتراة قبل قبضها لكن لا يبعد إرادة الثمرة على الشجرة فيخرج عن المكيل و الموزون

و ربما يستأنس للجواز بالأخبار الواردة في جواز بيع السلم على من هو عليه

بناء على عدم الفرق بين المسألتين و فيه تأمل لعدم ثبوت ذلك بل الظاهر أن محل الخلاف هنا هو بيع غير المقبوض على غير البائع كما يستفاد من ذكر القائلين بالجواز في تلك المسألة و القائلين بالتحريم هنا. و قد جعل العلامة بيع غير المقبوض على بائعه مسألة أخرى ذكرها بعد مسألتنا و فروعها و ذكر أن المجوزين في المسألة الأولى جزموا بالجواز هنا و اختلف المانعون فيها هنا و من العجب ما عن التنقيح من الإجماع على جواز بيع السلم على من هو عليه مع إجماع المبسوط على المنع عن بيع السلم قبل القبض مصرحا بعدم الفرق بين المسلم إليه و غيره

[الحكم في غير المكيل و الموزون]

ثم إن صريح التحرير و الدروس الإجماع على الجواز في غير المكيل و الموزون مع أن المحكي في التذكرة عن بعض علمائنا القول بالتحريم مطلقا و نسبه في موضع آخر إلى جماعة منا و صريح الشيخ في المبسوط اختيار هذا القول قال في باب السلم إذا أسلف في شيء فلا يجوز أن يشرك فيه غيره و لا أن يوليه لأن النبي ص نهى عن بيع ما لم يقبض و قال: من أسلف في شيء فلا يصرفه إلى

غيره إلى أن قال و بيوع الأعيان مثل ذلك إن لم يكن قبض المبيع فلا يصح الشركة و لا التولية و إن كان قد قبضه صحت الشركة و التولية فيه بلا خلاف و قد روى أصحابنا جواز الشركة فيه و التولية قبل القبض

[أقوال خمسة فی بيع المكيل و الموزون قبل القبض]

ثم إن المحكى عن المهذب البارع عدم وجدان العامل بالأخبار المتقدمة المفصلة بين التولية و غيرها و هو عجيب فإن التفصيل حكاه فی التذكرة قولا- خامسا فی المسألة لأقوال علمائنا و هی الكراهة مطلقا و المنع مطلقا و التفصيل بين المكيل و الموزون و غيرهما و التفصيل بين الطعام و غيره بالتحريم و العدم و هو قول الشيخ فی المبسوط مدعيا عليه الإجماع و بالكراهة و العدم و هنا سادس اختاره فی التحرير و هو التفصيل فی خصوص الطعام بين التولية و غيرها بالتحريم و الكراهة فی غيره من المكيل و الموزون. و المراد بالطعام يحتمل أن يكون مطلق ما أعد للأكل كما قيل إنه موضوع له لغة و يحتمل أن يكون خصوص الحنطة و الشعير بل قيل إنه معناه شرعا و حكى عن فخر الدين نقله عن والده و حكى اختياره عن بعض المتأخرين و عن الشهيد أنه حكى عن التحرير أنه الحنطة خاصة و حكى عن بعض أهل اللغة ثم إن الظاهر أن أصل عنوان المسألة مختص بالمبيع الشخصی كما يظهر من الاستدلال فی التذكرة للمانعين بضعف الملك قبل القبض لانفساخه بالتلف و كون المبيع مضمونا على البائع فولاية المشترى على التصرف ضعيفة. و ذكر فی التذكرة الكلی غير المقبوض فی فروع المسألة و قال المبيع إن كان دينا لم يجز بيعه قبل قبضه عند المانعين لأن المبيع مع تعيينه لا يجوز بيعه قبل قبضه فمع عدمه أولى فلا يجوز بيع السلم قبل قبضه و لا الاستبدال به و به قال الشافعی انتهی. و كيف كان فلا فرق فی النص و الفتوى بناء على المنع بين المبيع المعين و الكلی بل و لا بناء على الجواز

[هل المنع تكليفی أو وضعی]

ثم إن ظاهر أكثر الأخبار المتقدمة المانعة بطلان البيع قبل القبض و هو المحكى عن صريح العمانی- بل هو ظاهر كل من عبر بعدم الجواز الذی هو معقد إجماع المبسوط فی خصوص الطعام فإن جواز البيع و عدمه ظاهران فی الحكم الوضعی إلا أن المحكى عن المختلف أنه لو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع لكن صريحه فی مواضع من التذكرة و فی القواعد أن محل الخلاف و الصحة و البطلان. و بالجملة فلا ينبغی الإشكال فی أن محل الخلاف فی كلمات الأكثر هو الحكم الوضعی

و ينبغی التنبيه على أمور

اشارة

ثم إن ظاهر أكثر الأخبار المتقدمة المانعة بطلان البيع قبل القبض و هو المحكى عن صريح العمانی- بل هو ظاهر كل من عبر بعدم الجواز الذی هو معقد إجماع المبسوط فی خصوص الطعام فإن جواز البيع و عدمه ظاهران فی الحكم الوضعی إلا أن المحكى عن المختلف أنه لو قلنا بالتحريم لم يلزم بطلان البيع لكن صريحه فی مواضع من التذكرة و فی القواعد أن محل الخلاف و الصحة و البطلان. و بالجملة فلا ينبغی الإشكال فی أن محل الخلاف فی كلمات الأكثر هو الحكم الوضعی

الأول أن ظاهر جماعة عدم لحوق الثمن بالمبيع فی هذا الحكم

فيصح بيعه قبل قبضه قال فی المبسوط أما الثمن إذا كان معينا فإنه يجوز بيعه قبل قبضه و إن كان فی الذمة فكذلك يجوز لأنه لا مانع منه ما لم يكن صرفا فأما إذا كان صرفا فلا يجوز بيعه قبل القبض و فی موضعين من التذكرة قوى الجواز إذا كان الثمن كليا فی الذمة و هو ظاهر جامع المقاصد فی شرح قول المصنف قدس سره و لو أحال من له طعام من سلم إلخ. و استدل عليه فی التذكرة بقول

الصادق ع: و قد سئل عن الرجل باع طعاما بدراهم إلى أجل فلما بلغ الأجل تقاضاه فقال ليس عندى دراهم خذ منى طعاما قال لا بأس إنما له دراهمه يأخذ بها ما شاء و يمكن أن يقال إن المطلوب جعل الثمن مبيعا فى العقد الثانى لا ثمنا أيضا كما هو ظاهر الرواية مع اختصاصها بالبيع ممن هو عليه فلا يعم إلا بعدم الفصل لو ثبت و

المكاسب، ج۳، ص ۳۱۷

صرح فى أواخر باب السلم بإلحاق الثمن المعين بالمبيع و يؤيده تعليل المنع فى طرف المبيع بقصور ولاية المشترى لانفساخ العقد بتلفه فإنه جار فى الثمن المعين.

الثانى هل البيع كناية عن مطلق الاستبدال

فلا يجوز جعله ثمنا و لا عوضا فى الصلح و لا أجرة و لا وفاء عما عليه أم يختص بالبيع ظاهر عنواناتهم الاختصاص بالبيع و أظهر منها فى الاختصاص قوله فى التذكرة الأقرب عندى أن النهى به متعلق بالبيع لا بغيره من المعاوضات و أظهر من الكل قوله فى مواضع أخر لو كان لزيد عند عمرو طعام من سلم فقال لزيد خذ هذه الدراهم عن الطعام الذى لك عندى لم يجز عند الشافعى لأنه بيع المسلم فيه قبل القبض و الأولى عندى الجواز و ليس هذا بيعا و إنما هو نوع معاوضة انتهى و أصرح من الكل تصريحه فى موضع ثالث بجواز الصلح عن المسلم فيه قبل القبض لأنه عقد مستقل لا يجب مساواته للبيع فى أحكامه و قد صرح جامع المقاصد أيضا فى غير موضع باختصاص الحكم بالبيع دون غيره و قد تقدم فى كلامه أنه لا يجوز بيع السلم قبل قبضه و لا الاستبدال به لكن العلامة قد عبر بلفظ الاستبدال فى كثير من فروع مسألة البيع قبل القبض مع أن ما استدل به للمانعين من قصور ولاية المشترى فى التصرف لانفساخ العقد بالتلف جار فى مطلق التصرف فضلا عن المعاوضة. و قد صرح الشيخ فى المبسوط فى باب الحوالة بأنها معاوضة و المعاوضة على المسلم فيه قبل القبض غير جائز و هو و إن رجع عن الصغرى فيما بعد ذلك لكنه لم يرجع عن الكبرى. و صرح فى الإيضاح بابتناء الفرع الآتى أعنى إحالة من عليه طعام لغريمه على من له عليه طعام على أن الحوالة معاوضة مستقلة أو استيفاء و أن المعاوضة قبل القبض حرام أو مكروه و إرادة خصوص البيع من المعاوضة ليست بأولى من إرادة خصوص البيع من المعاوضة ليست بأولى من إرادة مطلق المعاوضة من البيع فى قولهم إن الحوالة بيع أو ليست بيعا بل هذه أظهر فى كلماتهم.

و قد صرح الأكثر بأن تراضى المسلم و المسلم إليه على قيمة المسلم فيه من بيع الطعام قبل القبض فاستدلوا بأخباره على جوازه و يؤيده أيضا قوله فى التذكرة لو كان لزيد طعام على عمرو سلما و لخالد مثله على زيد فقال زيد اذهب إلى عمرو و اقبض لنفسك ما لى عليه لم يصح لخالد عند أكثر علمائنا و به قال الشافعى و أحمد: لأن النبى ص نهى عن بيع الطعام بالطعام حتى يجزى فيه صاعان صاع البائع و صاع المشترى و سيأتى ابتناء هذا الفرع فى كلام جماعة على مسألة البيع قبل القبض. نعم ذكر الشهيد أنه كالبيع قبل القبض و صرح بابتناء الحكم فيما لو قال للمسلم اشتر لى بهذه الدراهم طعاما و اقبضه لنفسك على حكم البيع قبل القبض و كيف كان فالمسألة محل إشكال من حيث اضطراب كلماتهم إلا أن الاقتصار فى مخالفة الأصل على المتيقن هو المتعين و منه يظهر جواز بيع ما انتقل بغير البيع من المعاوضات كالصلح و الإجارة و الخلع كما صرح به فى الدروس فضلا عن مثل الإرث و القرض و مال الكتابة و الصداق و غيرها. نعم لو ورث ما اشترى و لم يقبض أو أصدقه أو عوض عن الخلع جرى الخلاف فى بيعه.

الثالث هل المراد من البيع المنهى إيقاع عقد البيع على ما لم يقبض أو ما يعم تشخيص الكلى المبيع به

فيكون المنهى عنه نقل ما لم يقبض بسبب خاص هو البيع كما لو نهى عن بيع أم الولد أو حلف على أن يبيع مملوكه حيث لا فرق بين إيقاع البيع عليه أو دفعه عن الكلى المبيع ظاهر النص و الفتوى و إن كان هو الأول بل هو المتعين فى الأخبار المفصلة بين التولية و غيرها إلا أن المعنى الثانى لا يبعد عن سياق مجموع الأخبار و عليه فلو كان عليه سلم لصاحبه فدفع إليه دراهم و قال اشتر لى بها طعاما

و اقبضه لنفسك جرى فيه الخلاف فى بيع ما لم يقبض كما صرح به فى الدروس و لكن فى بعض الروايات دلالة على الجواز مثل صحيحة يعقوب بن شعيب قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يكون له على الآخر أحمال من رطب أو تمر فيبعث عليه بدنانير فيقول اشتر بهذه و استوف منه الذى لك قال لا بأس إذا ائتمنه لكن فى صحيحة الحلبى قال: سألت أبا عبد الله ع عن رجل أسلفته دراهم فى طعام فلما حل طعامى عليه بعث إلى بدراهم فقال اشتر لنفسك طعاما و استوف حقك قال أرى أن يولى ذلك غيرك و تقوم معه حتى يقبض الذى لك و لا تتول أنت شراءه و فى موثقة عبد الرحمن يكون معه غيره يوفيه ذلك لكن ظاهر الخبرين كراهة مباشرة الشراء من جهة كونه فى معرض التهمة و المطلوب صحة الشراء و عدم جواز الاستيفاء ثم إن هذا كله إذا كان الطعام المشترى شخصيا. و أما إذا وكله فى شراء الكلى فلا يجرى فيه ذلك لأن تشخيص ما باعه سلما فى الطعام الكلى المشترى موقوف على قبضه ثم إقباضه و بدون ذلك لا يمكن الإيفاء إلا بالحوالة أو التوكيل فيدخل المسألة فيما ذكره فى الشرائع و غيرها تبعا للمبسوط بل نسب إلى المشهور من أنه لو كان له على غيره طعام من سلم و عليه مثل ذلك فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر فإنه يكره أو يحرم على الخلاف. و قد علل ذلك فى الشرائع بأنه قبضه عوضا عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه و ذكر المسألة فى القواعد بعنوان الحوالة قال لو أحال من عليه طعام من سلم بقبضه على من له عليه مثله من سلم فالأقوى الكراهة و على التحريم يبطل لأنه قبضه عوضا عن ماله قبل أن يقبضه صاحبه و بنى فى الإيضاح جريان الخلاف فى المسألة على أن الحوالة معاوضة على مال المسلم قبل القبض حرام أو مكروه و أنكر جماعة ممن تأخر عن العلامة كون هذه المسألة من محل الخلاف فى بيع ما لم يقبض بناء على أن الحوالة ليست معاوضة فضلا عن كونها بيعا بل هى استيفاء. أقول ذلك إما وكالة و إما حوالة و على كل تقدير يمكن تعميم محل الخلاف لمطلق المعاوضة و يكون البيع كناية عنها و لذا نسب فيما عرفت من عبارة التذكرة المنع فى هذه المسألة إلى أكثر علمائنا و جماعة من العامة محتجين بالنبوى المانع عن بيع ما لم يقبض. و استند الشيخ رحمه الله أيضا فى المنع إلى الإجماع على عدم جواز بيع ما لم يقبض و قد عرفت ما ذكره الشيخ فى باب الحوالة و لعله لذا قال الشهيد فى الدروس فى حكم المسألة إنه كالبيع قبل القبض لكنه رحمه الله تعرض فى بعض تحقيقاته لتوجيه إدراج المسألة فى البيع بأن مورد السلم لما كان ماهية كلية ثابتة فى الذمة منطبقة على أفراد لا نهاية لها فأى فرد عينه المسلم إليه تشخص بذلك الفرد و انصب العقد عليه فكأنه لما قال الغريم اكتل من غريمى فلان قد جعل عقد السلم معه و أرادا على ما فى ذمة المسلف منه و لما يقبضه بعد و لا ريب أنه مملوك له بالبيع فإذا جعل موردا للسلم الذى هو بيع يكون بيعا للطعام قبل قبضه فيتحقق الشرطان و يلحق بالباب

المكاسب، ج۳، ص ۳۱۸

و هذا من لطائف الفقه انتهى و اعترضه فى المسالك بأن مورد السلم و نظائره من الحقوق الثابتة فى الذمة لما كان أمرا كليا كان البيع المتحقق به هو الأمر الكلى و ما يتعين لذلك من الأعيان الشخصية بالحوالة و غيرها ليس هو نفس المبيع و إن كان الأمر الكلى إنما يتحقق فى ضمن الأفراد الخاصة فإنها ليست عينه و من ثم لو ظهر المدفوع مستحقا أو معيبا يرجع الحق إلى الذمة و المبيع المعين ليس كذلك و حينئذ فانصباب العقد على ما قبض و كونه حينئذ مبيعا غير واضح فالقول بالتحريم به عند القائل به فى غيره غير متوجه انتهى أقول ما ذكره من منع تشخيص المبيع فى ضمن الفرد الخاص المدفوع و إن كان حقا من حيث عدم انصباب العقد عليه إلا أنه يصدق عليه انتقاله إلى المشترى بعقد البيع فإذا نهى الشارع عن بيع ما لم يقبض نظير نهيه عن بيع أم الولد و عن بيع ما حلف على ترك بيعه فإنه لا فرق بين إيقاع العقد عليه و بين دفعه عن الكلى المبيع لكن يرد على ما ذكره الشهيد عدم تشخيص الكلى بالكلى إلا بالحوالة الراجعة إلى الاستيفاء أو المعاوضة و هذا لا يسوغ إطلاق البيع على الكلى المتشخص به بحيث يصدق أنه انتقل إلى المحال بناقل البيع. نعم هذا التوجيه إنما يستقيم فى الفرع المتقدم عن الدروس و هو ما إذا أمره بقبض الطعام الشخصى الذى اشتراه للمشترى فإن مجرد قبضه بإذن البائع مشخص للكلى المبيع فى ضمنه فيصدق أنه انتقل بالبيع قبل أن يقبض و يمكن أن يقال إن تشخيص الكلى المبيع فى الكلى المشترى يكفى فيه إذن البائع فى قبض بعض أفراد الكلى المشترى من دون حاجة إلى حوالة فإذا وقع فرد منه

فی یـد المشتری صـدق أنه انتقـل بالبیع قبل القبض و کیف کان فالأظهر فی وجه إدخال هـذه المسألـة فی محل الخلاف تعمیم مورد الخلاـف لمطلق الاسـتبدال حتی المحقق بالحوالـة و إن لم نقل بکونها بیعا و المسألـة تحتاج إلی فضل تتبع و الله الموفق. و اسـتدل فی الحـدائق علی الجواز بمـا عن المشایـخ الثلاثـة بطریق صـحیح و موثق عن عبـد الرحمن بن أبی عبـد الله قـال: سألت أبا عبـد الله ع عن الرجـل علیه کر من طعام فاشتری کرا من رجل آخر فقال للرجل انطلق فاسـتوف کرک قال لا بأس به و فیه أنه لا دلالـة لها علی محل الکلام لأن الکلام فیما إذا کان المالان سـلمین و مورد الروایة إعطاء ما اشتری به قبل قبضه وفاء عن دین لم یعلم أنه سـلم أو قرض أو غیرهما و قد استدل به فی التذکرة علی جواز إیفاء القرض بمال السلم و لذا قال جامع المقاصد فی شرح قوله رحمه الله و لو أحال من علیه طعام من سلم بقبضه علی من له علیه مثله من سام إلخ فإن قلت لم اعتبر کون المالین معا سلمین قلت لأن المنع إنما هو من بیع ما لم یقبض و إذا کـان أحـد المـالین سـلما دون الآـخر لم یتعین لکونه مبیعا لإمکان اعتباره ثمنا إذ لا معین لأحـدهما انتهی و یمکن أن یقـال إن ظـاهر الحوالـة بنـاء علی کونهـا معاوضـة کون المحیـل مملکا فی ذمـة غریمه بإزاء ما لغریمه علیه فماله معوض و مال غریمه عوض فإذا کان ماله علی غریمه سلما کفی فی المنع عن تملیکه بإزاء مال غریمه علیه لأنه من بیع ما لم یقبض و حینئذ فیتم الاستدلال بالروایة. نعم لو کان ما علیه سـلما دون ماله أمکن خروجه عن المسألة لأن الظاهر هنا کون المسـلم ثمنا و عوضا و إلی هذا ینظر بقوله فی القواعـد و التحریر تبعـا للشـرائع و لو کـان المالاـن أو المحـال به قرضـا صـح. و لا وجه لاعتراض جامع المقاصـد علیه بأنه لا وجه لتخصـیص المحال به بالذکر مع أن العکس کذلک و اسـتحسان تعبیر الدروس بلفظ أحدهما ثم قال و لیس له أن یقول إن المحال به شبیه بالمبیع من حیث تخیل کونه مقابلا بالآخر إذ ربما یقال إن شـبهه بالثمن أظهر لاقترانه بالباء و کل ذلک ضعیف انتهی. و فیه ما لا یخفی فـإن الباء هنا لیس للعوض و ظهور الحوالـة فی کون إنشاء التملیک من المحیل لا ینکر و احتمال کونه متملکا مال غریمه بمال نفسه کما فی المشتری المقـدم لقبوله علی الإیجاب بعیـد و یـدل علی هذا أیضا قولهم إن الحوالة بیع فإن ظاهره کون المحیل بائعا ثم إن المفروض فی المسألـة المـذکورة ما لو أذن المحیل المحال فی اکتیاله لنفسه بأن یأتی بلفظ الإحالة کما فی عبارة القواعد أو یقول له اکتل

لنفسـک کمـا فی عبـارتی المبسوط و الشـرائع أمـا لو وکله فی القبض عن الآذن ثم القبض لنفسه فیکون قابضا مقبضا مبنی علی جواز تولی طرفی القبض و الأقرب صحته لعدم المانع.

الرابع ذکر جماعة أنه لو دفع إلی من له علیه طعام دراهم و قال اشتر بها لنفسک طعاما لم یصح

لأن مال الغیر یمتنع شـراء شـیء به لنفسه و وجهه أن قضیة المعاوضة انتقال کل عوض إلی ملک من خرج عن ملکه العوض الآخر فلو انتقل إلی غیره لم یکن عوضا و یمکن نقض هـذا بالعوض المأخوذ بالمعاطاة علی القول بإفادتها للإباحة فإنه یجوز أن یشتری به شـیئا لنفسه علی مـا فی المسالـک من جواز جمیع التصـرفات بإجمـاع القـائلین بصـحة المعاطاة. و أیضا فقـد ذکر جماعـة منهم العلامـة فی المختلف و قطب الـدین و الشـهید علی مـا حکی عنهمـا أن مال الغیر المنتقل عنه بإزاء ما اشتراه عالما بکونه مغصوبا باق علی ملکه و یجوز لبائع ذلک المغصوب التصـرف فیه بأن یشتری به شـیئا لنفسه و یملکه بمجرد الشـراء قال فی المختلف بعد ما نقل عن الشیخ فی النهایـة أنه لو غصب مالا و اشتری به جاریـة کان الفرج له حلالا و بعد ما نقل مذهب الشـیخ فی ذلک فی غیر النهایة و مذهب الحلی أن کلام النهایة یحتمل أمرین أحدهما اشتراء الجاریة فی الذمة کما ذکره فی غیر النهایة الثانی أن یکون البائع عالما بغصب المال فإن المشتری حینئذ یستبیح وطء الجاریة و علیه وزر المال انتهی و قد تقدم فی فروع بیع الفضولی و فی فروع المعاطاة نقل کلام القطب و الشـهید و غیرهما و یمکن توجیه ما ذکر فی المعاطاة بدخول المال آنا ما قبل التصـرف فی ملک المتصرف کما یلزمهم القول بذلک فی وطء الجاریة المأخوذة بالمعاطاة و توجیه الثانی بأنه فی معنی تملیک ماله مجانا بغیر عوض و کیف کان فالمعاوضة لا تعقل بدون قیام کل عوض مقام معوضه و إذا ثبت علی غیر ذلک فلا بد من توجیهه إما بانتقال أحد العوضـین إلی غیر مالکه قبل المعاوضة و إما

بانتقال العوض الآخر إليه بعدها. و من هنا يمكن أن يحمل قوله فيما نحن فيه اشتر بدراهمی طعاما لنفسک علی إرادة کون اللام لمطلق النفع لا للتملیک بمعنی اشتر فی ملکی و خذه لنفسک کما ورد فی مورد بعض الأخبار السابقة: اشتر لنفسک طعاما و استوف حقک و یمکن أن یقال إنه إذا اشتری لنفسه بمال الغیر وقع البیع فضولا ـ کما لو باع الغیر لنفسه فإذا قبضه فأجاز المالک الشراء و القبض تعین له. و حیث کان استمراره بید المشتری قبضا فقد قبض ماله علی مالک الطعام فافهم.

مسألة لو کان له طعام علی غیره – فطالبه به فی غیر مکان حدوثه فی ذمته

اشارة

فهنا مسائل ثلاث

أحدها أن یکون المال سلما

بأن أسلفه طعاما فی العراق و طالبه بالمدینة مع عدم اشتراط تسلیمه بالمدینة – فلا إشکال

المکاسب، ج۳، ص ۳۱۹

فی عدم وجوب أدائه فی ذلک البلد و أولی بعدم الوجوب ما لو طالبه بقیمة ذلک البلد و لو طالبه فی ذلک البلد بقیمته فی بلد وجوب التسلیم و تراضیا علی ذلک قال الشیخ لم یجز – لأنه بیع الطعام قبل قبضه و هو حسن بناء علی إرادة بیع ما فی ذمته بالقیمة أو إرادة مطلق الاستبدال من البیع المنهی عنه أما لو جعلنا المنهی عنه عن خصوص البیع و لم یحتمل التراضی علی خصوص کون القیمة ثمنا بل احتمل کونه مثمنا و السلم ثمنا فلا وجه للتحریم لکن الإنصاف ظهور عنوان القیمة خصوصا إذا کان من النقدین فی الثمنیة فیبنی الحکم علی انصراف التراضی المذکور إلی البیع أو القول بتحریم مطلق الاستبدال و أما إذا لم یرض المسلم إلیه ففی جواز إجباره علی ذلک قولان المشهور کما قیل العدم – لأن الواجب فی ذمته هو الطعام لا القیمة. و عن جماعة منهم العلامة فی التذکرة الجواز لأن الطعام الذی یلزم دفعه معدوم فکان کما لو عدم الطعام فی بلد یلزمه التسلیم فیه و توضیحه أن الطعام قد حل و التقصیر من المسلم إلیه حیث إنه لو کان فی ذلک البلد أمکنه أداء الواجب بتسلیم المال إلی المشتری إن حضر و إلا دفعه إلی ولیه و لو الحاکم أو عزله و کیف کان فتعذر البراءة مستند إلی غیبته فللغریم مطالبة قیمة بلد الاستحقاق حینئذ و قد یتوهم أنه یلزم من ذلک جواز مطالبة الطعام و إن کان أزید قیمة کما سیجیء القول بذلک فی القرض و لو کان الطعام فی بلد المطالبة مساویا فی القیمة لبلد الاستحقاق فالظاهر وجوب الطعام علیه لعدم تعذر الحق و المفروض عدم سقوط المطالبة بالغیبة عن بلد الاستحقاق فیطالبه بنفس الحق.

الثانیة أن یکون ما علیه قرضا

و الظاهر عدم استحقاق المطالبة بالمثل مع اختلاف القیمة لأنه إنما یستحقها فی بلد القرض فإلزامه بالدفع فی غیره إضرار خلافا للمحکی عن المختلف و قواه جامع المقاصد هنا لکنه جزم بالمختار فی باب القرض أما مطالبته بقیمة بلد الاستحقاق فالظاهر جوازها وفاقا للفاضلین و حکی عن الشیخ و القاضی. و عن غایة المرام نفی الخلاف لما تقدم من أن الحق هو الطعام علی أن یسلم فی بلد الاستحقاق و قد تعذر بتعذر قیده لا بامتناع ذی الحق فلا وجه لسقوطه غایة الأمر الرجوع إلی قیمته لأجل الإضرار و لذا لو لم یختلف القیمة فالظاهر جواز مطالبته بالمثل لعدم التضرر لکن مقتضی ملاحظة التضرر إناطة الحکم بعدم الضرر علی المقترض أو بمصلحته و لو من غیر جهة اختلاف القیمة کما فعله العلامة فی القواعد و شارحه جامع المقاصد ثم إنه اعترف فی المختلف بتعین قیمة بلد

القرض مع تعذر المثل فی بلد المطالبة و فیه تأمل فتأمل. و ظاهر بعض عدم جواز المطالبة لا بالمثل و لا بالقیمة و کأنه یتفرع علی ما عن الشهید رحمه الله فی حواشیه من عدم جواز مطالبة المقترض المثل فی غیر بلد القرض حتی مع عدم تضرره فیلزم من ذلک عدم جواز المطالبة بالقیمة بطریق أولی و لعله لأن مقتضی اعتبار بلد القرض أن لیس للمقرض إلا مطالبة تسلیم ماله فی بلد القرض و مجرد تعذره فی وقت من جهة توقفه علی مضی زمان لا یوجب اشتغاله بالقیمة کما لو أخر التسلیم اختیارا فی بلد القرض أو احتاج تسلیم المثل إلی مضی زمان فتأمل.

الثالثة أن یکون الاستقرار من جهة الغصب

فالمحکی عن الشیخ و القاضی أنه لا یجوز مطالبته بالمثل فی غیر بلد الغصب و لعله لظاهر قوله تعالی فَاعْتَدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدی عَلَیْکُمْ فإن ما فی ذمته هو الطعام الموصوف بکونه فی ذلک البلد فإن مقدار مالیة الطعام یختلف باختلاف الأماکن فإن المالک لمقدار منه فی بلد قد یعد غنیا و المالک لأضعافه فی غیره یعد فقیرا فالمماثلة فی الصفات موجودة لا فی المالیة لکنه ینتقض بالمغصوب المختلف قیمته باختلاف الأزمان فإن اللازم علی هذا عدم جواز مطالبته بالمثل فی زمان غلائه و حله أن المماثلة فی الجنس و الصفات هی المناط فی التماثل العرفی من دون ملاحظة المالیة و لو لا قاعدة نفی الضرر و انصراف إطلاق العقد فی مسألتی القرض و السلم لتعین ذلک فیهما أیضا و لو تعذر المثل فی بلد المطالبة لزم قیمة ذلک البلد لأن اللازم علیه حینئذ المثل فی هذا البلد لو تمکن فإذا تعذر قامت القیمة مقامه. و فی المبسوط و عن القاضی قیمة بلد الغصب و هو حسن بناء علی حکمها فی المثل و المعتبر قیمة وقت الدفع لوجوب المثل حینئذ فتعین بدله مع تعذره و یحتمل وقت التعذر لأنه وقت الانتقال إلی القیمة- . و فی المسألة أقوال مذکورة فی باب الغصب ذکرناها مع مبانیها فی البیع الفاسد عند ذکر شروط العقد فلیراجع إلی هنا

المکاسب، ج۴، ص ۳۲۰

الجزء الرابع فی الرسائل الملحقة

۱- رسالة فی التّقیّة

اشارة

بسم اللّه الرحمن الرحیم الحمد للّه ربّ العالمین و صلّی اللّه علی محمد و آله الطاهرین. و لعنة اللّه علی أعدائهم أجمعین. التقیّة: اسم ل (اتّقی یتّقی) و التاء بدل عن الواو کما فی التهمة و التخمة، و المراد هنا: التحفظ عن ضرر الغیر بموافقته فی قول أو فعل مخالف للحق. و الکلام تارة یقع فی حکمها التکلیفی، و اخری فی حکمها الوضعیّ. و الکلام فی الثانی: تارة من جهة الآثار الوضعیّة المترتّبة علی الفعل المخالف للحقّ، و أنّها تترتب علی الصادر تقیّة کما تترتب علی الصادر اختیارا، أم وقوعها تقیّة یوجب رفع «۱» تلک الآثار؟. و اخری فی أنّ الفعل المخالف للحقّ هل یترتّب علیه آثار الحقّ بمجرّد الإذن فیها من قبل الشّارع أم لا؟. ثمّ الکلام فی آثار الحقّ الواقعی: قد یقع فی خصوص الإعادة و القضاء إذا کان الفعل الصادر تقیّة من العبادات. و قد یقع فی الآثار الأخر، کرفع الوضوء- الصادر تقیّة- للحدث بالنسبة إلی جمیع الصلوات، و إفادة المعاملة الواقعة تقیّة الآثار المترتبة علی المعاملة الصحیحة، فالکلام فی مقامات أربعة

[المقام الأول]

أمّا الکلام فی حکمها التکلیفی فهو أنّ التقیّة تنقسم إلی الأحکام الخمسة: فالواجب منها: ما کان لدفع الضرر الواجب فعلا، و أمثلته

كثيرة. و المستحب:

ما كان فيه التحرز عن معارض الضرر، بأن يكون تركه مفضيا تدريجا إلى حصول الضّرر، كترك المداراة مع العامّة و هجرهم في المعاشرة في بلادهم فإنّه ينجرّ غالبا إلى حصول المباينة الموجب لتضرّره منهم. و المباح: ما كان التحرز عن الضرر و فعله «۲» مساويا في نظر الشارع، كالتقيّة في إظهار كلمة الكفر على ما ذكره جمع من الأصحاب، و يدلّ عليه الخبر الوارد في رجلين أخذا بالكوفة و امرا بسبّ أمير المؤمنين عليه السلام «۳». و المكروه: ما كان تركها و تحمّل الضّرر أولى من فعله، كما ذكر ذلك بعضهم في إظهار كلمة الكفر، و أنّ الأولى تركها ممّن يقتدى به النّاس إعلاء لكلمة الإسلام. و المراد بالمكروه حينئذ ما يكون ضدّه أفضل «۴». و المحرّم منه: ما كان في الدّماء.

و ذكر الشهيد رحمه اللّه في قواعده: أنّ المستحب إذا كان لا يخاف ضررا عاجلا، و يتوهم ضررا آجلا، أو ضررا سهلا، أو كان تقيّة في المستحب، كالترتيب في تسبيح الزهراء صلوات اللّه عليها و ترك بعض فصول الأذان. و المكروه: التقيّة في المستحب حيث لا ضرر عاجلا و لا آجلا، و يخاف منه الالتباس على عوام المذهب. و الحرام:

التقيّة حيث يؤمن الضرر عاجلا و آجلا، أو في قتل المسلم. و المباح: التقيّة في بعض المباحات الّتي يرجّحها العامّة و لا يصل بتركها ضرر «۵». (انتهى). و في بعض ما ذكره رحمه اللّه تأمّل. ثم الواجب منها يبيح كلّ محظور من فعل الحرام و ترك الواجب «۶». و الأصل في ذلك: أدلّة نفي الضّرر و الحديث: «رفع عن أمتي تسعة أشياء.. و منها: ما اضطرّوا إليه» «۷»، مضافا إلى عمومات التقيّة مثل قوله في الخبر: «إنّ التقيّة واسعة ليس شيء من التقيّة إلّا و صاحبها مأجور» «۸» و غير ذلك من الأخبار المتفرّقة في خصوص الموارد، و جميع هذه الأدلّة حاكمة على أدلّة الواجبات و المحرّمات، فلا يعارض بها شيء منها حتى يلتمس بالترجيح و يرجع إلى الأصول بعد فقده- كما زعمه بعض في بعض موارد هذه المسألة. و أمّا المستحب من التقيّة فالظاهر وجوب الاقتصار فيه على مورد النصّ، و قد ورد النصّ بالحثّ على المعاشرة مع العامة «۹»

و عيادة مرضاهم «۱۰»، و تشييع جنائزهم «۱۱»، و الصلاة في مساجدهم «۱۲»، و الأذان لهم «۱۳»، فلا يجوز التعدّى عن ذلك إلى ما لم يرد النصّ من الأفعال المخالفة للحق، كذمّ بعض رؤساء الشيعة للتحبّب إليهم، و كذلك المحرّم و المباح و المكروه، فإنّ هذه الأحكام على خلاف عمومات التقيّة، فيحتاج إلى الدليل الخاص.

و أمّا المقام الثاني

[ترتيب الآثار على العمل الصادر تقيّة و عدمه. «۱۴»]

فنقول: إنّ الظّاهر ترتيب آثار العمل الباطل على الواقع تقيّة، و عدم ارتفاع الآثار بسبب التقيّة إذا كان دليل تلك الآثار عاما لصورتي الاختيار و الاضطرار، فإنّ من احتاج لأجل التقيّة إلى التكتّف في الصلاة، أو السّجود على ما لا يصحّ السّجود عليه، أو الأكل في نهار رمضان، أو فعل بعض ما يحرم على المحرم، فلا يوجب ذلك ارتفاع أحكام تلك الأمور بسبب وقوعها تقيّة. نعم، لو قلنا بدلالة حديث رفع التسعة على رفع جميع الآثار تمّ ذلك في الجملة، لكنّ الإنصاف ظهور الرّواية في رفع المؤاخذة، فمن اضطرّ إلى الأكل و الشّرب تقيّة، أو التكتّف في الصّلاة فقد اضطرّ إلى الإفطار، و إبطال الصّلاة، لأنّه مقتضى عموم الأدلّة، فتأمّل.

المقام الثالث

اشارة

في حكم الإعادة و القضاء إذا كان المأتيّ به تقيّة من العبادات. فنقول: إنّ الشّارع إذا أذن في إتيان واجب موسّع على وجه التقيّة، أمّا

بالخصوص كما لو أذن فى الصّلاة متكتّفا حال التقيّة، و إمّا بالعموم كأن يأذن بامتثاله أوامر الصّلاة، أو مطلق العبادات على وجه التقيّة، كما هو الظّاهر من أمثال قوله عليه السلام:

«التقيّة فى كلّ شىء إلّا فى النبيذ و المسح على الخفّين» «۱۵» و نحوه، ثم ارتفعت التقيّة قبل خروج الوقت، فلا ينبغى الإشكال فى إجزاء المأتىّ به و إسقاطه للأمر، لما تقرّر فى محله: من أنّ الأمر بالكلّى كما يسقط بفرده الاختيارى، كذلك يسقط بفرده الاضطرارى إذا تحقّق الاضطرار الموجب للأمر به، فكما أنّ الأمر بالصّلاة يسقط بالصّلاة مع الطهارة المائيّة، كذلك يسقط مع الطهارة الترابيّة إذا وقعت على الوجه المأمور به. أمّا لو لم يأذن فى امتثال الواجب الموسّع فى حال التقيّة خصوصا أو عموما على الوجه المتقدّم، فيقع الكلام فى أنّ الوجوب فى الواجب الموسّع، هل يتعلّق بإتيان هذا الفرد المخالف للواقع بمجرّد تحقّق التقيّة فى جزء من الوقت بل فى مجموعه؟. و بعبارة أخرى: الكلام فى أنّه هل يحصل من الأوامر المطلقة بضميمة أوامر التقيّة، أمر بامتثال الواجبات على وجه التقيّة، أو لا، بل غاية الأمر سقوط

المكاسب، ج۴، ص ۳۲۱

الأمر عن المكلّف فى حال التقيّة و لو استوعب الوقت؟. و التحقيق: أنّه يجب الرجوع فى ذلك إلى أدلّة تلك الأجزاء و الشروط المتعذّرة لأجل التقيّة، فإن اقتضت مدخليّتها فى العبادة من دون فرق بين الاختيار و الاضطرار، فاللّازم الحكم بسقوط الأمر عن المكلّف حين تعذّرها لأجل التقيّة، و لو فى تمام الوقت، كما لو تعذّرت الصّلاة فى تمام الوقت إلّا مع الوضوء بالنبيذ، فإنّ غاية ذلك سقوط الأمر بالصلاة رأسا، لاشتراطها بالطهارة بالماء المطلق المتعذّرة فى الفرض، فحاله كحال فاقد الطهورين. و إن اقتضت مدخليّتها فى العبادة بشرط التمكّن منها، دخلت المسألة فى مسألة أولى الأعذار فى أنّه إذا استوعب العذر الوقت لم يسقط الأمر رأسا، و إن كان فى جزء من الوقت مع رجاء زواله فى الجزء الآخر، أو مع عدمه، جاء فيه الخلاف المعروف فى أولى الأعذار، و أنّه هل يجوز لهم البدار، أم يجب عليهم الانتظار؟. فثبت من جميع ما ذكرنا: أنّ صحّة العبادة المأتىّ بها على وجه التقيّة، يتبع إذن الشارع فى امتثالها حال التقيّة. فالإذن «۱» متصوّر بأحد أمرين: أحدهما:

الدليل الخارجى الدالّ على ذلك، سواء كان خاصا بعبادة أو كان عامّا لجميع العبادات. و الثانى: فرض شمول الأوامر العامّة بتلك العبادة لحال التقيّة. لكن يشترط فى كلّ منهما بعض ما لا يشترط فى الآخر. فيشترط فى الثانى كون الشرط أو الجزء المتعذّر للتقيّة من الأجزاء و الشرائط الاختياريّة، و أن لا يكون للمكلّف مندوحة، بأن لا يتمكّن من الإتيان بالعمل الواقعى فى مجموع الوقت، أو فى الجزء الذى يوقعه مع اليأس من التمكّن منه فيما بعده، أو مطلقا- على التفصيل و الخلاف فى أولى الأعذار. و هذان الأمران غير معتبرين فى الأول، بل يرجع فيه إلى ملاحظة ذلك الدليل الخارجى، و سيأتى أنّ الدليل الخارجى الدالّ على الإذن فى التقيّة فى الأعمال، لا يعتبر فيه شىء منهما. و يشترط فى الأوّل أن يكون التقيّة من مذهب المخالفين، لأنّه المتيقّن من الأدلّة الواردة فى الإذن فى العبادات على وجه التقيّة، لأنّ المتبادر، التقيّة من مذهب المخالفين، فلا يجرى فى التقيّة عن الكفار أو ظلمة الشيعة. لكن فى رواية مسعدة بن صدقة الآتية «۲»، ما يظهر منه عموم الحكم لغير المخالفين، مع كفاية عمومات التقيّة فى ذلك، بعد ملاحظة عدم اختصاص التقيّة فى لسان الأئمة صلوات اللّه عليهم لما يظهر بالتّبع فى أخبار التقيّة التى جمعها فى الوسائل «۳». و كذا لا إشكال فى التقيّة عن غير مذهب المخالفين، مثل التقيّة فى العمل على طبق عمل عوام المخالفين الّذين لا يوافق مذهب مجتهدهم.

بل و كذا التقيّة فى العمل على طبق الموضوع الخارجى الذى اعتقدوا تحقّقه فى الخارج مع عدم تحقّقه فى الواقع، كالوقوف بعرفات يوم الثامن، و الإفاضة منها و من المشعر يوم التاسع، موافقا للعامّة- إذا اعتقدوا رؤية هلال ذى الحجة فى الليلة الأخيرة من ذى القعدة- ، فإنّ الظاهر خروج هذا عن منصرف أدلّة الإذن فى إيقاع الأعمال على وجه التقيّة، لو فرضنا هنا إطلاقا، فإنّ هذا لا دخل له فى المذهب، و إنّما هو اعتقاد خطأ فى موضوع خارجى. نعم، العمل على طبق الموضوعات العامّة الثابتة على مذهب المخالفين داخل فى التقيّة عن المذهب، فيدخل فى الإطلاق- لو فرض هناك إطلاق- ، كالصلاة عند اختفاء الشمس لذهابهم إلى أنّه هو المغرب. و

يمكن إرجاع الموضوع الخارجى أيضا فى بعض الموارد إلى الحكم، مثل ما إذا حكم الحاكم: بثبوت الهلال من جهة خبر شـهادة من لا يقبل شـهادته، إذا كان مذهب الحاكم: القبول، فإنّ ترك العمل بهذا الحكم قدح فى المذهب، فيدخل فى أدلة التقيّة. و كيف كان ففى هـذا الوجه لا بـدّ من ملاحظة إطلاق دليل الترخيص لإتيان العبادة على وجه التقيّة و تقييده، و العمل على ما يقتضيه الدليل. و اما فى الوجه الثانى: فهـذا الشـرط غير معتبر قطعا، لأنّ مبناه على العمل المخالف للواقع من جهـة تعـذّر الواقع، سواء كان تعذّره للتقيّة من مخـالف أو كافر أو موافق، و سواء كان فى الموضوع أم فى الحكم، كلّ ذلك لأنّ المناط فى مسألـة أولى الأعـذار: العذريّـة، من غير فرق بين الأعذار.

[اعتبار عدم المندوحة]

بقى الكلام فى اعتبار عـدم المندوحـة الذى اعتبرناه فى الوجه الثانى، فإنّ الأصـحاب فيه بين غير معتبر له كالشـهيدين و المحقّق الثانى فى البيان «۴» و الروض «۵» و جامع المقاصد «۶»، و بين معتبر له كصاحب المدارك «۷»،

و بين مفصّل كما عن المحقّق الثانى بأنّه: إذا كان متعلّق التقيّة مأذونا فيه بخصوصه، كغسل الرجلين فى الوضوء، و التكتّف فى الصلاة، فإنّه إذا فعل على الوجه المأذون فيه كان صحيحا مجزيا- و إن كان للمكلّف مندوحة- ، التفاتا إلى أنّ الشارع أقام ذلك مقام المأمور به حين التقيّـة فكان الإتيان به امتثالا، و على هـذا فلا يجب الإعادة و إن تمكّن من فعله على غير وجه التقيّة قبل خروج الوقت- قال: و لا- أعلم خلافا فى ذلـك بين الأصـحاب. و أمّا إذا كان متعلّقها مما لم «۸» يرد فيه نصّ بـالخصوص، كفعل الصـلاة إلى غير القبلـة، و الوضوء بالنبيـذ و مع الإخلال بالموالاة، فيجفّ الوضوء كما يراه بعض العامـة، فإنّ المكلّف يجب عليه- إذا اقتضت الضّـرورة- موافقة «۹» أهـل الخلاف فيـه و إظهـار الموافقـة لهم. ثمّ إن أمكن له الإعـادة فى الـوقت وجب، و لـو خرج الـوقت ينظر فى دليـل يـدل على القضاء، فإن حصل الظفر به أوجبناه و إلّا فلا، لأنّ القضاء إنّما يجب بفرض جديد «۱۰» (انتهى) ثمّ نقل عن بعض أصحابنا القول بعدم وجوب الإعادة، لكون المأتيّ به شـرعيا، ثمّ ردّه بأنّ الإذن فى التقيّـة من جهـة الإطلاق لا يقتضـى أزيـد من إظهار الموافقة مع الحاجة «۱۱» (انتهى). أقول: ظـاهر قوله فى المأذون بالخصوص: «لا يجب فيه الإعادة و ان تمكّن من فعله قبل خروج الوقت» إنّ عـدم التمكّن من فعله على غير وجه التقيّة حين العمل معتبر، و إنّ من كان فى سوق و أراد الصـلاة وجب عليه مع التمكّن الذهاب إلى مكان مأمون فيه، و حينئـذ فمعنى قوله- قبل ذلك- «و إن كان للمكلّف مندوحة عن فعله» «۱۲» ثبوت المندوحة بالتأخير إلى زمان ارتفاع التقيّة، لا وجودها بالنسبة إلى زمان العمل، و حينئذ يكون هذا قولا باعتبار عدم المندوحة على الإطلاق، ك «صاحب المدارك» «۱۳»، إذ ليس مراد صاحب المـدارك بعدم المندوحة: عدم المندوحة فى مجموع الوقت، إذ الظاهر أنّه مما لم يعتبره أحد- لما سيجىء من مخالفته لظواهر الأخبار، بل لصريح بعضها-

المكاسب، ج۴، ص ۳۲۲

و مراد القائل بعـدم اعتباره: عـدم اعتباره فى الجزء الذى يقع الفعل فيه، فمن تمكّن من الصّـلاة فى بيته مغلقا عليه الباب، لا يجب عليه ذلك بل يجوز له الصـلاة تقيّـة فى مكانه و دكّانه بمحضـر المخالفين. نعم لو كان الخلاف فى اعتبار عدم المندوحة فى تمام الوقت و عدمه «۱»، كان ما ذكره المحقق تفصـيلا فى المسألة. و على أيّ تقدير فيرد على ما ذكره المحقّق فى القسم الثانى «۲» انّه: إن أراد من عـدم ورود نصّ بالخصوص فى الإذن فى متعلّق التقيّـة: عـدم النّص الموجب للإذن فى امتثال العمل على وجه التقيّـة، ففيه: أنّه لا دليل حينئذ على مشـروعية الدخول فى العمل المفروض امتثالا للأوامر المطلقة المتعلّقة بالعمل الواقعى، لأنّ الأمر بالتقيّة لا يستلزم الإذن فى امتثال تلك الأوامر، لأنّ التحفظ عن الضـرر إن تأدّى إلى ترك «۳» ذلك العمل رأسا، بأن يترك الصـلاة فى تلك الحال وجب، و لا يشـرع الـدخول فى العمل المخالف للواقع بعـد تأدّى التقيّـة بترك الصـلاة رأسا. و إن فرضـنا أنّ التقيّة ألجأته إلى الصـلاة، و لا تتأدّى بترك الصـلاة، كانت الصلاة المذكورة واجبة عينا، لانحصار التقيّة فيها، فهى امتثال لوجوب التقيّة عينا لا للوجوب «۴» الموسّع المتعلّق

بالصلاة الواقعيّة.

و إن أراد به عـدم النص الدّالّ على الإذن فى هذه العبادة بالخصوص، و إن كان هناك نصّ عام دالّ على الاذن فى امتثال أوامر مطلق العبادات على وجه التقيّة، ففيه: أنّ هذا النّص كما يكفى للدخول فى العبادة امتثالا للأمر المتعلّق بها، كذلك يوجب موافقته الإجزاء و عـدم وجوب الإعادة فى الزمان الثانى إذا ارتفعت التقيّـة. و الحاصل: أنّ الفرق بين كون متعلق التقيّة مأذونا فيه بالخصوص أو بالعموم، لا نفهم له وجها «۵»، كما اعترف به بعض «۶»

بل كلّما يوجب الإذن فى الدخول فى العبادة امتثالا لأوامرها، كان امتثاله موجبا للإجزاء و سقوط «۷» الإعادة، سواء كان نصّا خاصّا أو دليلا عاما. و كلّما لا يـدلّ على الإذن فى الـدخول على الوجه المـذكور، لم يشـرع بمجرّده الـدخول فى العبادة على وجه التقيّـة امتثالا لأمرها، بل إن انحصرت التقيّة فى الإتيان بها كانت امتثالا لأوامر وجوب التقيّة، لا لأوامر وجوب تلك العبادة. اللّهم إلّا أن يكون مراده من الأـمر العام، أوامر التقيّـة، و من وجوب العمل على وجه التقيّـة إذا اقتضت الضـرورة، هو هـذا الوجوب العينى لا الوجوب التخييرى الحاصل من الوجوب الموسّع. فيكون حاصل كلامه:

الفرق بين الإذن فى العمل امتثالا لأوامر المتعلقة بالعبادة، و بين الإذن فى العمل امتثالا لأوامر التقيّة، لكن ينبغى- حينئذ- تقييده بغير ما إذا كانت التقيّـة فى الأجزاء و الشـروط الاختيارية، و إلّا فتدخل المسألة فى مسألة أولى الأعذار، و يصحّ الإتيان بالعمل المذكور امتثالا للأـوامر المتعلّقـة بـذلك العمـل مع تعـذّر تلـك الأجزاء و الشـرائط لأجل التقيّـة، على الخلاف و التفصـيل المـذكور فى مسألـة أولى الأعـذار. و ممّا ذكرنا يظهر: أنّ ما أجاب به بعض عن هـذا التفصـيل بأنّ المسألة، مسألة ذوى الأعذار، و أنّ الحقّ فيها: سـقوط الإعادة بعد التمكن من الشرط المتعذّر، لا وجه له على إطلاقه.

ثمّ إنّ الـذى يقوى فى النّظر فى أصل مسألـة اعتبار عـدم المندوحـة: أنّه إن أريـد عـدم المندوحـة بمعنى عدم التمكن حين العمل من الإتيان به موافقا للواقع، مثل أنّه يمكنه عنـد إرادة التكفير للتقيّـة من الفصل بين يـديه، بأن لا يضع بطن إحـداهما على ظهر الأخرى بل يقارب بينهما، كما «۸» إذا تمكّن من صـبّه المـاء من الكفّ إلى المرفق لكنّه ينوى الغسـل عنـد رجوعه من المرفق إلى الكفّ، وجب ذلـك، و لم يجز العمـل على وجه التقيّـة، بـل التقيّـة على هـذا الوجه غير جائزة فى غير العبادات أيضا، و كأنّه ممّا لا خلاف فيه. و إن أريـد به عـدم التمكّن من العمـل على طبق الواقع فى مجموع الوقت المضـروب لـذلك العمـل، حتى لاـ يصـح العمل تقيّـة إلّا لمن لم يتمكّن فى مجموع الوقت من الـذهاب إلى موضع مأمون، فالظاهر عـدم اعتباره، لأنّ حمل أخبار الإذن فى التقيّة فى الوضوء و الصـلاة على صورة عـدم التمكّن من إتيان الحقّ فى مجموع الوقت ممّا يأباه ظاهر أكثرها، بل صـريح بعضـها، و لا يبعد- أيضا- كونه وفاقيا. و إن أريـد عـدم المندوحـة حين العمـل من تبـديل موضوع التقيّـة بموضوع الأـمن، كأن يكون فى سوقهم و مساجـدهم، و لا يمكن فى ذلك الحين من العمل على طبق الواقع إلّا بالخروج الى مكان خال، أو التحيّل فى إزعاج من يتّقى منه عن مكانه، لئلّا يراه، فالأظهر فى أخبار التقيّـة عدم اعتباره، إذ الظّاهر منها الإذن بالعمل على التقيّة فى أفعالهم المتعارفة من دون إلزامهم بترك ما يريدون فعله بحسـب مقاصـدهم العرفيـة، أو فعـل مـا يجب تركه كـذلك، مع لزوم الحرج العظيم فى ترك مقاصـدهم و مشـاغلهم لأجـل فعـل الحقّ بقـدر الإمكان، مع أنّ التقيّة إنّما شـرّعت تسـهيلا للأمر على الشيعة و رفعا للحرج عنهم، مع أنّ التخفّى عن المخالفين فى الأعمال ربما يؤدّى إلى اطّلاعهم على ذلك، فيصـير سببا لتفقّدهم و مراقبتهم للشيعة وقت العمل فيوجب نقض غرض التقيّة. نعم فى بعض الأخبار ما يدلّ على اعتبار عدم المندوحة فى ذلك الجزء من الوقت، و عدم التمكّن من دفع موضوع التقيّة، مثل: رواية أحمد بن محمد بن أبى نصر، عن إبراهيم بن شـيبة قـال: كتبت إلى أبى جعفر الثانى عليه السـلام أسأله عن الصّـلاة خلف من يتولّى أمير المؤمنين و هو يرى المسـح على الخفين، أو خلف من يحرّم المسـح على الخفّين و هو يمسـح، فكتب عليه السـلام: إن جامعـك و إيّاهم موضع لاـ تجـد بـدّا من الصـلاة معهم، فأذّن لنفسك و أقم، فإن سـبقك إلى القراءة فسبّح» «۹». فإنّ ظاهرها اعتبار تعـذّر ترك الصـلاة معهم. و نحوها ما عن الفقه الرضوى من المرسل، عن العالم عليه السلام قال: «و لا تصلّ خلف أحد إلّا خلف رجلين:

أحـدهما من تثق به و بدينه «۱۰» و ورعه، و آخر من تتقى سـيفه و سوطه و شـرّه و بوائقه و شيعته «۱۱»، فصلّ خلفه على سبيل التقيّة و المـداراة، و أذّن لنفسـك و أقم و اقرأ فيهـا، فـإنّه «۱۲» غير مـؤتمن به.. إلـخ» «۱۳». و فى روايـة معمّر بـن يحيى- الـواردة فى تخليص الأموال عن أيدى العشّار- : «إنّه كلّما خاف المؤمن على نفسه فيه ضرورة فله فيه

المكاسب، ج۴، ص ۳۲۳

التقية» «۱». و عن دعـائم الإسـلام، عن أبى جعفر الثانى صـلوات اللّه عليه: «لا تصـلّوا خلف ناصب و لا كرامـة «۲»، إلّا أن تخافوا على أنفسـكم أن تشـهروا و يشار إليكم، فصـلّوا فى بيوتكم ثم صـلّوا معهم، و اجعلوا صلاتكم معهم تطوّعا» «۳». و يؤيّـده العمومات الدّالة على أنّ التقيّة فى كلّ شىء يضطرّ إليه ابن آدم «۴»، فإنّ ظاهرها حصـر التقيّة فى حال الاضطرار، و لا يصدق الاضطرار مع التمكّن من تبديل موضوع التقيّة بالذهاب إلى موضع الأمن، مع التمكّن و عدم الحرج.

نعم، لو لزم من التزام ذلك حرج أو ضـيق من تفقّـد المخالفين، و ظهور حاله فى مخالفتهم سـرّا، فهذا- أيضا- داخل فى الاضـطرار. و بالجملـة: فمراعاة عـدم المندوحة فى الجزء من الزمان الذى يوقع فيه الفعل أقوى مع أنّه أحوط. نعم، تأخير الفعل عن أوّل وقته لتحقيق الأمن و ارتفاع الخوف مما لا دليل عليه، بل الأخبار بين ظاهر و صريح فى خلافه كما تقدّم.

بقى هنا أمور:

الأوّل

إنّك قد عرفت أنّ صـحّة العبادة و إسقاطها للفعل ثانيا تابع لمشروعيّة الدخول فيها و الإذن فيها من الشارع. و عرفت- أيضا- أنّ نفس أوامر التقيّـة- الدالـة على كونها واجبـة من جهـة حفظ ما يجب حفظه- لا يوجب الإذن فى الدخول فى العبادة على وجه التقيّة «۵» من باب امتثال الأوامر المتعلّقـة بتلك العبادة، إلّا فيما كان متعلق التقيّة من الأجزاء و الشـروط الاختيارية، كنجاسة الثوب و البدن و نحوها. أمّا مـا اقتضـى الـدليل- و لو بإطلاقه- مـدخليته فى العبادة من دون اختصاص بحال الاختيار، فمجرد الأمر بالتقيّـة لا يوجب الإذن فى امتثال العبادة فى ضـمن الفعل الفاقـد لـذلك الجزء أو الشـرط تقيّـة كما هو واضح. ثم إنّ الإذن المذكور قد ورد فى بعض العبادات، كـالوضوء مع المسـح على الخفّين، أو غسل الرجلين، و الصـلاة مع المخالف حيث يترك فيها بعض ماله مدخليـة فيها، و يوجـد بعض الموانع مثل التكفير و نحوه. و الغرض هنا بيان أنّه هل يوجـد فى عمومات الأمر بالتقيّـة ما يوجب الإذن فى امتثال العبادات عموما على وجه التقيّـة، بحيث لا يحتاج فى الـدخول فى كلّ عبادة على وجه التقيّـة- امتثالا للأمر المتعلّق بتلك العبادة- إلى النّص الخاصّ، لتفيد قاعـدة كلّية فى كون التقيّة عذرا رافعا لاعتبار ما هو معتبر فى العبادات و إن لم يختص اعتباره بحال الاختيار، مثل الدخول فى الصـلاة مع الوضوء بالنبيـذ، أو مع التيمم فى السـفر بمجرد عزّة المـاء و لو كـان موجودا، أم لا؟. الـذى يمكن الاسـتدلال به على ذلك أخبار: منها: قوله عليه السلام: «التقيّة فى كلّ شىء يضطرّ إليه ابن آدم فقد أحلّه اللّه» «۶». بناء على أنّ المراد ترخيص اللّه سبحانه فى كل فعل أو ترك يضطر إليه الإنسان فى عمله. فنقول- مثلا- :

إنّ الإنسان يضطرّ إلى استعمال النبيذ و المسح على الخفّين أو غسل الرجلين فى وضوئه و إلى استعمال التراب للتيمم فى صلاته و إلى التكفير «۷» و ترك البسـملة و غير ذلك من الأفعال و التروك الممنوعـة شـرعا فى صـلاته، فكلّ ذلك مرخّص فيه فى العمل، بمعنى ارتفـاع المنع الثـابت فيهـا لو لا التقيّـة، و إن كان منعا غيريا من جهـة التوصل بتركها إلى صـحّة العمل، و أداء فعله إلى فساد العمل. و الحاصـل: أنّ المراد بالإحلال رفع المنع الثـابت فى كـلّ ممنوع بحسب حـاله من التحريم النفسـى، كشـرب الخمر، و التحريم الغيرى، كالتكفير فى الصـلاة و المسح على حائل أو اسـتعمال ماء نجس أو مضاف فى الوضوء. فإن قلت: الاضـطرار إلى هذه الأمور الممنوعة

تابع للاضطرار إلى الصلاة الّتى تقع هذه فيها، و حينئذ فإن فرض عدم اضطرار المكلّف إلى الصلاة مع أحد هذه الأمور الممنوعة فهى غير مضطرّ إليها، فلا يرخّصها التقيّة. و إن فرض اضطراره إلى الصلاة معها فهى مرخّص فيها، لكن مرجع الترخيص فيها- بملاحظة ما دلّ على كونها مبطلة- إلى الترخيص فى صلاة باطلة، و لا بأس به إذا اقتضاه الضّرورة، فإنّ الصلاة الباطلة ليست أولى من شرب الخمر الذى سوّغه التقيّة. قلت: لا نسلّم توقّف الاضطرار إلى هذه الأمور على الاضطرار إلى الصلاة التى يقع فيها، بل الظاهر أنّه يكفى فى صدق الاضطرار اليه كونه لا بدّ من فعله مع وصف إرادة الصلاة فى ذلك الوقت لا مطلقا، نظير ذلك أنّهم يعدّون من اولى الأعذار من لا يتمكن من شرط الصلاة فى أوّل الوقت، مع العلم أو الظن بتمكّنه منه فيما بعده، فإن تحقّق الاضطرار ثبت الجواز الذى هو رفع المنع الثابت فيه حال عدم التقيّة، و هو المنع الغيرى. و منها ما رواه فى أصول الكافى بسنده عن أبى جعفر عليه السلام أنّه قال: «التقيّة فى كلّ شىء إلّا فى شرب المسكر و المسح على الخفّين» «۸». دلّت الرواية على ثبوت التقيّة و مشروعيّتها فى كلّ شىء ممنوع لو لا التقيّة، إلّا فى الفعلين المذكورين، فاستثناء المسح على الخفين مع كون المنع فيه عند عدم التقيّة منعا غيريا، دليل على عموم الشىء لكلّ ما يشبهه من الممنوعات لأجل التوصل بتركها إلى صحّة العمل، فدلّ على رفع التقيّة لمثل هذا المنع الغيرى، و تأثيرها فى ارتفاع أثر ذلك الممنوع منه، فيدلّ على أنّ التقيّة ثابتة فى التكفير فى الصلاة مثلا، بمعنى عدم كونه ممنوعا عليه فيها عند التقيّة، و كذا فى غسل الرجلين، و استعمال النبيذ فى الوضوء و نحوهما. و فى معنى هذه الروايات روايات أخر واردة فى هذا الباب، مثل قوله عليه السلام: «ثلاثة لا أتّقى فيهنّ أحدا: المسح على الخفّين، و شرب النبيذ، و متعة الحجّ» «۹». فإنّ معناه ثبوت التقيّة فيما عدا الثلاث من الأمور الممنوعة فى الشريعة، و رفعها للمنع الثابت فيها بحالها من المنع النفسى و الغيرى كما تقدم.

ثم إنّ مخالفة ظاهر المستثنى فى هذه الروايات لما أجمع عليه من ثبوت التقيّة فى المسح على الخفّين و شرب النبيذ، لا يقدح فيما نحن بصدده، لأنّ ما ذكرناه فى تقريب دلالتها على المطلوب لا يتفاوت الحال فيه بين إبقاء الاستثناء على ظاهره أو حمله على بعض المحامل، مثل اختصاص الاستثناء بنفس الإمام عليه السلام كما يظهر من الرواية المذكورة، و تفسير الراوى فى بعضها الآخر و التنبيه «۱۰» على عدم تحقق التقيّة فيها لوجود المندوحة، أو لموافقة بعض الصحابة أو التابعين على المنع من هذه الأمور، إلى غير ذلك من المحامل الغير القادحة فى استدلالنا المتقدّم «۱۱». و منها موثّقة سماعة: «عن الرجل يصلى فدخل الإمام «۱۲» و قد صلّى الرجل ركعة من صلاة فريضة؟ قال: إن كان إماما عادلا «۱۳» فليصلّ اخرى و ينصرف، و يجعلها تطوّعا، و ليدخل مع الإمام فى صلاته كما هو. و ان لم يكن إمام عدل

المكاسب، ج۴، ص ۳۲۴

فليبن على صلاته كما هو و يصلّى ركعة أخرى، و يجلس قدر ما يقول: أشهد أن لا إله إلّا اللّه وحده لا شريك له، و أشهد أنّ محمّدا عبده و رسوله، ثم يتمّ صلاته معه على ما استطاع، فإنّ التقيّة واسعة و ليس شىء من التقيّة إلّا و صاحبها مأجور عليها إن شاء اللّه» «۱». فإنّ الأمر بإتمام الصلاة على ما استطاع مع عدم الاضطرار إلى فعل الفريضة فى ذلك الوقت، معللا بأنّ التقيّة واسعة، يدلّ على جواز أداء الصلاة فى سعة الوقت على جميع وجوه التقيّة، بل على جواز كلّ عمل على وجه التقيّة و إن لم يضطرّ إلى ذلك العمل لتمكّنه من تأخّره إلى وقت الأمن. و منها: قوله عليه السلام- فى موثّقة مسعدة بن صدقة- : «و تفسير ما يتّقى فيه: أن يكون قوم سوء ظاهر حكمهم و فعلهم على خلاف حكم الحق و فعله، فكلّ شىء يعمله المؤمن منهم لمكان التقيّة مما لا يؤدّى إلى فساد الدين فهو جائز» «۲». بناء على أنّ المراد بالجواز فى كلّ شىء بالقياس إلى المنع المتحقّق فيه لو لا التقيّة، فيصدق على التكفير فى الصلاة الذى يفعله المصلى فى محل التقيّة أنّه جائز و غير ممنوع عنه بالمنع الثابت فيه لو لا التقيّة. و دعوى: أنّ الداعى على التكفير ليس التقيّة، لإمكان التحرّز عن الخوف بترك الصلاة فى هذا الجزء من الوقت، فلا يكون عمل التكفير لمكان التقيّة. مدفوعة: بنظير ما عرفت فى الرواية الاولى «۳» من أنه يصدق على المصلّى أنه يكفّر لمكان التقيّة و إن قدر على ترك الصلاة. و منها: قوله عليه السلام فى رواية أبى الصباح: «ما صنعتم من شىء أو حلفتم الرواية السادسة عليه من يمين فى تقيّة فأنتم منه فى سعة» «۴». فيدلّ على أنّ المتقى فى سعة من

الجزء و الشرط المتروكين تقيّة، و لا يترتّب عليه من جهتهما تكليف بالإعادة و القضاء، نظير قوله عليه السلام: «الناس فى سعة ما لم يعلموا» «۵» بناء على شموله لما لم يعلم جزئيته أو شرطيته كما هو الحقّ.

الثانى

إنّه لا ريب فى تحقّق التقيّة مع الخوف الشخصى، بأن يخاف على نفسه أو غيره من ترك التقيّة فى خصوص ذلك العمل، و لا يبعد ان يكتفى بالخوف من بنائه على ترك التقيّة فى سائر أعماله، أو بناء سائر الشيعة على تركها فى العمل الخاص أو مطلق العمل النوعى فى بلاد المخالفين، و إن لم يحصل للشخص بالخصوص خوف. و هو الذى يفهم من إطلاق أوامر التقيّة و ما ورد من الاهتمام فيها. و يؤيّده- بل يدلّ عليه- : إطلاق قوله عليه السلام: «ليس منّا «۶» من لم يجعل التقيّة «۷» شعاره و دثاره «۸» مع من يأمنه لتكون سجيّته «۹» مع من يحذره» «۱۰». نعم، فى حديث أبى الحسن الرضا صلوات اللّه عليه معاتبا لبعض أصحابه الّذين حجبهم: «انكم تتّقون «۱۱» حيث لا تجب «۱۲» التقيّة، و تتركون التقيّة «۱۳»

حيث لا بدّ من التقيّة» «۱۴». و ليحمل على بعض ما لا ينافى القواعد.

الثالث

إنّه لو خالف التقيّة فى محلّ وجوبها، فقد أطلق بعض بطلان العمل المتروك فيه. و التحقيق: أنّ نفس ترك التقيّة فى جزء العمل أو فى شرطه أو فى مانعة لا يوجب بنفسه إلّا استحقاق العقاب على تركها، فإن لزم من ذلك ما يوجب بمقتضى القواعد- بطلان الفعل بطل، و إلّا فلا- فمن مواقع البطلان: السجود على التربة الحسينية مع اقتضاء التقيّة تركه، فإنّ السجود يقع منهيا عنه فيفسد، فيفسد الصلاة. و من مواضع عدم البطلان: ترك التكفير فى الصلاة، فإنّه- و إن حرم- لا يوجب البطلان، لأنّ وجوبه من جهة التقيّة لا يوجب كونه معتبرا فى الصلاة لتبطل بتركه. و توهّم: أنّ الشارع أمر بالعمل على وجه التقيّة، مدفوع: بأنّ تعلّق الأمر بذلك العمل المقيّد ليس من حيث كونه مقيّدا بتلك الوجه، بل من حيث نفس الفعل الخارجى الّذى هو قيد اعتبارى للعمل لا قيد شرعى. و توضيحه: أنّ المأمور به ليس هو الوضوء المشتمل على غسل الرجلين، بل نفس غسل الرجلين الواقع فى الوضوء، و تقييد الوضوء باشتماله على غسل الرجلين ممّا لم يعتبره الشارع فى مقام الأمر، فهو نظير تحريم الصلاة المشتملة على محرّم خارجى لا دخل له فى الصلاة. فإن قلت: إذا كان إيجاب الشىء للتقيّة لا يجعله معتبرا فى العبادة حال التقيّة، لزم الحكم بصحّة وضوء من ترك المسح على الخفّين، لأنّ المفروض أنّ الأمر بمسح الخفّين للتقيّة لا يجعله جزءا، فتركه لا يقدح فى صحّة الوضوء، مع أنّ الظاهر عدم الخلاف فى بطلان الوضوء.

قلت: ليس الحكم بالبطلان من جهة ترك ما وجب بالتقيّة، بل لأنّ المسح على الخفّين متضمّن لأصل المسح الواجب فى الوضوء، مع إلغاء قيد مماسّية الماسح للممسوح- كما فى المسح على الجبيرة الكائنة فى موضع الغسل أو المسح، و كما فى المسح على الخفّين لأجل البرد المانع من نزعها- ، فالتقيّة إنّما أوجبت إلغاء قيد المباشرة. و أمّا صورة المسح و لو مع الحائل فواجبة واقعا لا من حيث التقيّة، فالإخلال بها يوجب بطلان الوضوء بنقص جزء منه. و ممّا يدلّ على انحلال المسح إلى ما ذكرنا من الصورة و قيد المباشرة قول الإمام لعبد الأعلى مولى آل سام- [لمّا] «۱۵» سأله عن كيفية مسح من جعل على إصبعه مرارة- :

«إنّ هذا و شبهه يعرف من كتاب اللّه، و هو قوله تعالى ما جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ. ثم قال: امسح عليه» «۱۶». فإنّ معرفة وجوب المسح على المرارة الحائلة بين الماسح و الممسوح من آية نفى الحرج، لا يستقيم إلّا بأن يقال: إن المسح الواجب فى الوضوء

ينحلّ إلى صورة المسح و مباشرة الماسح للممسوح، و لمّا سقط قيد المباشرة لنفى الحرج، تعيّن المسح من دون مباشرة، و هو المسح على الحائل، و كذلك فيما نحن فيه سقط قيد المباشرة و لا يسقط صورة المسح عن الوجوب. و كذلك الكلام فى غسل الرجلين للتقيّة، فإنّ التقيّة إنّما أوجبت سقوط الخصوصية المائزة بين الغسل و المسح، و أمّا إيصال الرطوبة إلى الممسوح فهو واجب لا من حيث التقيّة، فإذا أخلّ به المكلّف فقد ترك جزءا من الوضوء، فبطلان الوضوء من حيث ترك ما وجب لا لأجل التقيّة، لا ترك ما وجب للتقيّة. و ممّا يؤيّد ما ذكرنا ما ذكره غير واحد من الأصحاب: من أنّه لو دار الأمر بين المسح على الخفين و غسل الرجلين، قدّم الثاني «۱۷»،

لأنّ فيه إيصال الماء، بخلاف الأول، فلو كان نفس الفعل المشتمل على القيد و المقيّد إنما وجب تقيّة، لم يعقل ترجيح شرعى بين فعلين ثبت وجوبهما بأمر واحد و هو الأمر بالتقيّة، لأنّ نسبة هذا الأمر إلى الفردين نسبة واحدة، إلّا أن يكون ما ذكروه فرقا اعتباريا منشأه ملاحظة

المكاسب، ج۴، ص ۳۲۵

الأسباب العقلية. لكن يبقى على ما ذكرنا فى غسل الرجلين: أنّه لو لم يتمكّن المكلف من المسح تعيّن عليه الغسل الخفيف. و لا يحضرنى من أفتى به، لكن لا- بأس باعتباره كما فى عكسه المجمع عليه، و هو تعيّن المسح عند تعذّر الغسل. و يمكن استنباطه من رواية عبد الأعلى المتقدمة «۱». و لو قلنا بعدم الحكم المذكور فلا- بأس بالتزام عدم بطلان الوضوء فيما إذا ترك غسل الرجلين الواجب للتقيّة، لما عرفت من أنّ أوامر التقيّة لم يجعله جزءا، بل الظاهر أنّه لو نوى به الجزئيّة بطل الوضوء، لأنّ التقيّة لم يوجب نيّة الجزئيّة و إنّما أوجب العمل الخارجى بصورة الجزء «۲».

المقام الرابع

فى ترتّب آثار الصحّة على العمل الصادر تقيّة- لا من حيث الإعادة و القضاء- سواء كان العمل من العبادات، كالوضوء من جهة رفع الحدث، أم من المعاملات، كالعقود و الإيقاعات الواقعة على وجه التقيّة. فنقول: إنّ مقتضى القاعدة: عدم ترتيب الآثار، لما عرفت غير مرة من أنّ أوامر التقيّة لا تدلّ على أزيد من وجوب التحرّز عن الضرر، و أمّا الآثار المترتبة على العمل الواقعى فلا. نعم، لو دلّ دليل فى العبادات على الإذن فى امتثالها على وجه التقيّة، فقد عرفت أنّه يستلزم سقوط الإتيان به ثانيا بذلك العمل. و أمّا الآثار الأخر، كرفع الحدث فى الوضوء، بحيث لا يحتاج المتوضّئ تقيّة إلى وضوء آخر بعد رفع التقيّة بالنسبة إلى ذلك العمل الذى توضّأ له، فإن كان ترتّبه متفرّعا على ترتّب الامتثال بذلك العمل، حكم بترتّبه، و هو واضح.

أمّا لو لم يتفرّع عليه احتاج إلى دليل آخر. و يتفرّع على ذلك ما يمكن أن يدّعى: أنّ رفع الوضوء للحدث السابق عليه من آثار امتثال الأمر به بناء على أنّ الأمر بالوضوء ليس إلّا لرفع الحدث، و أمّا فى صورة دائم الحدث فكونه مبيحا لا رافعا، من جهة دوام الحدث لا من جهة قصور الوضوء عن التأثير. و ربما يتوهّم: أنّ ما تقدّم من الاخبار- الواردة فى أنّ كل ما يعمل للتقيّة فهو جائز، و أنّ كلّ شىء يضطرّ إليه للتقيّة فهو جائز- يدلّ على ترتيب الآثار مطلقا، بناء على أنّ معنى الجواز و المنع فى كلّ شىء بحسبه، فكما أنّ الجواز و المنع فى الأفعال المستقلّة فى الحكم، كشرب النبيذ و نحوه يراد به الإثم و العدم، و فى الأمور الداخلة فى العبادات فعلا أو تركا يراد به الإذن و المنع من جهة تحقّق الامتثال بتلك العبادات، فكذلك الكلام فى المعاملات، بمعنى عدم البأس و ثبوته من جهة ترتّب الآثار المقصودة من تلك المعاملة- كما فى قول الشارع بجواز المعاملة الفلانيّة «۳»، و هذا توهّم مدفوع بما لا يخفى على المتأمل. ثمّ لا بأس بذكر بعض الأخبار الواردة مما اشتمل على بعض الفوائد: منها: ما عن الاحتجاج بسنده عن أمير المؤمنين صلوات اللَّه عليه فى بعض احتجاجه على بعض، و فيه: «و آمرك أن تستعمل التقيّة فى دينك فإنّ اللَّه عز و جل يقول لا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكافِرِينَ أَوْلِياءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَ مَنْ يَفْعَلْ ذلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقاةً «۴»

و قد أذنت لک فی تفضیل أعدائنا إن ألجأک الخوف إلیه، و فی إظهار البراءة منّا إن حملک الوجل علیه، و فی ترک المکتوبات «۵» إن خشیت علی حشاشتک الآفات و العاهات، و تفضیلک أعداءنا «۶» عند خوفک، لا ینفعهم و لا یضرّنا، و انّ إظهار «۷» براءتک عند تقیّتک لا یقدح فینا «۸»، و لئن تبرأت «۹» منّا ساعة بلسانک و أنت موال لنا بجنانک، لتبقی علی نفسک روحها التی بها قوامها، و مالها الّذی به قیامها، و جاهها الذی به تمکّنها «۱۰»، و تصون بذلک من عرف من أولیائنا «۱۱» و إخواننا، فإنّ ذلک أفضل من أن تتعرض للهلاک، و تنقطع به عن عمل فی الدین، و صلاح إخوانک المؤمنین، و إیّاک ثم إیّاک أن تترک التقیّة الّتی أمرتک بها، فإنّک شاحط «۱۲» بدمک و دماء إخوانک، معرّض لنفسک و لنفسهم للزوال «۱۳»، مذلّ لهم «۱۴» فی أیدی أعداء الدین «۱۵» و قد أمرک اللّه بإعزازهم، فإنّک إن خالفت وصیّتی کان ضررک علی إخوانک «۱۶» و نفسک أشدّ من ضرر الناصب «۱۷» لنا الکافر بنا» «۱۸». و فیها دلالة علی أرجحیّة اختیار البراءة علی العمل، بل تأکّد وجوبه. لکن فی أخبار کثیرة بل عن المفید فی الإرشاد: أنه قد استفاض عن أمیر المؤمنین علیه السلام أنّه قال: «ستعرضون من بعدی علی سبّی، فسبّونی، و من عرض علیه البراءة فلیمدد عنقه، فإن برئ منّی فلا دنیا له و لا آخرة» «۱۹». و ظاهرها حرمة التقیّة فیها کالدماء. و یمکن حملها علی أنّ المراد الاستمالة و الترغیب إلی الرجوع حقیقة عن التشیّع إلی النصب. مضافا إلی أنّ المروی فی بعض الروایات أنّ النهی من التبرّی مکذوب علی أمیر المؤمنین علیه السلام و أنّه لم ینه عنه، ففی موثّقة مسعدة بن صدقة: «قلت لأبی عبد اللّه علیه السلام الناس یروون أنّ علیا علیه السلام قال:- علی منبر الکوفة- : أیّها الناس إنّکم ستدعون إلی سبّی فسبّونی، ثمّ تدعون إلی البراءة منّی فلا تبرءوا منّی. فقال علیه السلام: ما أکثر ما یکذّب الناس علی علیّ، ثمّ قال: إنّما قال: ستدعون إلی سبّی فسبّونی ثمّ تدعون إلی البراءة منّی و إنّی لعلی دین محمّد صلّی اللّه علیه و آله و سلم، و لم یقل: لا تبرءوا منّی. فقال له السائل: أ رأیت إن اختار القتل دون البراءة؟ فقال: و اللّه ما ذاک علیه، و لا له إلّا ما مضی علیه عمّار بن یاسر حیث أکرهه أهل مکة و قلبه مطمئنّ بالإیمان، فأنزل اللّه تعالی «إِلَّا مَنْ أُکْرِهَ وَ قَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِیمانِ» «۲۰» فقال النبیّ صلّی اللّه علیه و آله و سلم عندها:

یا عمّار إن عادوا فعد» «۲۱». و فی روایة محمد بن مروان: «قال لی أبو عبد اللّه علیه السلام: ما منع میثم رحمه اللّه عن التقیّة، فو اللّه لقد علم أنّ هذه الآیة نزلت فی عمار و أصحابه:

«إلّا من اکره و قلبه مطمئن.. الآیة» «۲۲». و فی روایة عبد اللّه بن عطاء، عن أبی جعفر علیه السلام- فی رجلین من أهل الکوفة أخذا و امرا بالبراءة عن أمیر المؤمنین علیه السلام فتبرّأ واحد منهما و أبی الآخر، فخلّی سبیل الّذی تبرّأ و قتل الآخر- : «فقال علیه السلام: أمّا الّذی بریء فرجل فقیه فی دینه، و أمّا الذی لم یتبرّأ، فرجل تعجّل إلی الجنة» «۲۳». و عن کتاب الکشّی بسنده إلی یوسف بن عمران المیثمی قال: سمعت میثم الهروانی «۲۴» یقول: قال علیّ بن أبی طالب علیه السلام: یا میثم کیف أنت إذا دعاک دعیّ بنی أمیّة- عبید اللّه بن زیاد- إلی البراءة منّی؟ فقلت: یا أمیر المؤمنین أنا و اللّه لا أبرأ منک. قال: إذا و اللّه یقتلک و یصلبک! قال: قلت: أصبر، فإنّ ذلک فی اللّه قلیل. قال علیه السلام: یا میثم فإذن تکون معی فی روضتی» «۲۵». و به ثقتی.

المکاسب، ج۴، ص ۳۲۶

۲- رسالة فی العدالة

اشارة

بسم اللّه الرحمن الرحیم

العدالة لغة:

«الاستواء» كما يظهر من محكىّ المبسوط «۱» و السرائر «۲» أو: «الاستقامة» كما عن جامع المقاصد «۳» و مجمع الفائدة «۴» أو هما معا كما عن الروض «۵» و المدارك «۶» و كشف اللثام «۷».

[الأقوال فى العدالة]

اشارة

و قد اختلف الأصحاب فى بيان ما هو المراد من لفظها الوارد فى كلام المتشرّعة، بل الشارع على أقوال:

أحدها:

- و هو المشهور بين العلّامة و من تأخّر عنه- أنّها كيفيّة نفسانيّة باعثة على ملازمة التقوى، أو: عليها مع المروّة، و إن اختلفوا فى التعبير عنها بلفظ «الكيفيّة» أو «الحالة» أو «الهيئة» أو «الملكة»، و نسب الأخير فى محكىّ النجيبيّة إلى العلماء «۸»، و فى محكىّ كنز العرفان «۹» إلى الفقهاء، و فى مجمع الفائدة إلى الموافق و المخالف «۱۰»، و فى المدارك: «الهيئة الراسخة» إلى المتأخّرين «۱۱»، و فى كلام بعض نسب «الحالة النفسانيّة» إلى المشهور «۱۲». و كيف كان، فهى عندهم كيفيّة من الكيفيات باعثة على ملازمة التقوى كما فى الإرشاد «۱۳»، أو عليها و على ملازمة المروّة كما فى كلام الأكثر. بل نسبه بعض إلى المشهور «۱۴»، و آخر إلى الفقهاء، «۱۵» و ثالث إلى الموافق و المخالف «۱۶».

الثانى:

أنّها عبارة عن مجرّد ترك المعاصى أو خصوص الكبائر و هو الظاهر من محكىّ السرائر حيث قال: حدّ العدل هو الّذى لا يخلّ بواجب و لا- يرتكب قبيحا «۱۷». و عن محكىّ الوسيلة «۱۸» حيث ذكر فى موضوع منه: أنّ العدالة فى الدين الاجتناب عن الكبائر و عن الإصرار على الصغائر. و من محكى أبى الصلاح «۱۹» حيث حكى عنه أنّه قال: إنّ العدالة شرطفى قبول الشهادة، و تثبت حكمها بالبلوغ و كمال العقل و الإيمان و اجتناب القبائح أجمع. و عن المحدّث المجلسى «۲۰» و المحقّق السبزوارى «۲۱»: أنّ الأشهر فى معناها أن لا يكون مرتكبا للكبائر و لا مصرّا على الصغائر و ظاهر هذا القول أنّها عبارة عن الاستقامة الفعليّة فى أفعاله و تروكه من دون اعتبار لكون ذلك عن ملكة.

الثالث:

أنّها عبارة عن الاستقامة الفعليّة لكن عن ملكة فلا يصدق العدل على من لم يتّفق له فعل كبيرة مع عدم الملكة، و هذا المعنى أخصّ من الأوّلين، لأنّ ملكة الاجتناب لا يستلزم الاجتناب. و كذا ترك الكبيرة لا يستلزم الملكة. و هذا المعنى هو الظاهر من كلام والد الصدوق حيث ذكر فى رسالته إلى ولده أنّه «۲۲»: لا تصلّ إلّا خلف رجلين: أحدهما من تثق بدينه و ورعه و الآخر من تتّقى سيفه و سوطه «۲۳». و هو ظاهر ولده «۲۴» و ظاهر المفيد فى المقنعة، حيث قال: إنّ العدل من كان معروفا بالدين و الورع و الكفّ عن محارم اللّه، (انتهى) «۲۵».

فإنّ الورع و الكفّ لا يكونان إلّا عن كيفيّة نفسانيّة، لظهور الفرق بينه و بين مجرّد الترك، فتأمّل. و هو الظاهر من محكىّ النهاية «۲۶»، حيث أنّه ذكر بمضمون «۲۷» صحيحة ابن أبى يعفور، و كذلك الوسيلة، حيث قال: العدالة تحصل بأربعة أشياء، الورع و الأمانة و

الوثوق و التّقوى «۲۸»، و نحوه المحكيّ عن القاضي، حيث اعتبر فيها الستر و العفاف و اجتناب القبائح «۲۹»، فإنّ الاجتناب خصوصا مع ضمّ العفاف إليه لا يكون بمجرّد الترك. و بمعناه المحكيّ عن الجامع، حيث أخذ في تعريف العدل الكفّ و التجنّب للكبائر «۳۰». ثمّ إنّه ربّما

يذكر في معنى العدالة قولان آخران:

أحدهما: الإسلام و عدم ظهور الفسق

، و هو المحكيّ عن ابن الجنيد «۳۱»، و المفيد في كتاب الأشراف «۳۲»، و الشيخ في الخلاف مدّعيا عليه الإجماع «۳۳».

و الثاني: حسن الظاهر

اشارة

، نسب إلى جماعة بل أكثر القدماء.

و لا ريب أنّهما ليسا قولين في العدالة، و إنّما هما طريقان للعدالة، ذهب إلى كلّ منهما جماعة و لذا ذكر جماعة من الأصحاب- كالشهيد في الذكرى «۳۴» و الدروس «۳۵»، و المحقّق الثاني في الجعفريّة «۳۶»، و غيرهما «۳۷»- هذين القولين في عنوان ما به تعرف العدالة، مع أنّ عبارة ابن الجنيد المحكيّ عنه «أنّ كلّ المسلمين على العدالة إلّا أن يظهر خلافها» «۳۸» لا يدلّ إلّا على وجوب الحكم بعدالتهم. و أوضح منه كلام الشيخ في الخلاف، حيث أنّه لم يذكر إلّا عدم وجوب البحث عن عدالة الشهود إذا عرف إسلامهم «۳۹»، ثمّ احتجّ بإجماع الفرقة و أخبارهم، و أنّ الأصل في المسلم العدالة، و الفسق طار عليه، يحتاج إلى دليل «۴۰». نعم: عبارة الشيخ في المبسوط ظاهرة في هذا المعنى، فإنّه قال: إنّ العدالة في اللغة: أن يكون الإنسان متعادل الأحوال متساويا، و أمّا في الشريعة: فهو من كان عدلا في دينه عدلا في مروّته، عدلا في أحكامه، فالعدل في الدين: أن يكون مسلما لا يعرف منه شيء من أسباب الفسق، و في المروّة: أن يكون مجتنبا للأمور الّتي تسقط المروّة.. إلى آخر ما ذكر. (انتهى موضع الحاجة) «۴۱». لكنّ الظاهر أنّه أراد كفاية عدم معرفة الفسق منه في ثبوت العدالة، لا أنّه نفسها، و لذا فسّر العدالة في المروّة بنفس الاجتناب، لا بعدم العلم بالارتكاب.

هذا كلّه، مع أنّه لا يعقل كون عدم ظهور الفسق أو حسن الظاهر نفس العدالة، لأنّ ذلك يقتضي كون العدالة من الأمور الّتي يكون وجودها الواقعي عين وجودها الذهني، و هذا لا يجامع كون ضدّه- أعني الفسق- أمرا واقعيّا لا دخل للذهن فيه. و حينئذ فمن كان في علم اللَّه تعالى مرتكبا للكبائر مع عدم ظهور ذلك لأحد، يلزم أن يكون عادلا في الواقع و فاسقا في الواقع [و كذا لو فرض أنّه لا ذهن و لا ذاهن «۴۲» يلزم أن لا يتحقّق العدالة في الواقع] «۴۳» لأنّ المفروض أنّ وجودها الواقعي عين وجودها الذهني. و أمّا بطلان اللازم «۴۴» فغنيّ عن البيان. و كذا لو اطّلع على أنّ شخصا كان في الزمان السابق مع اتّصافه بحسن الظاهر لكلّ أحد مصرّا على الكبائر يقال: كان فاسقا و لم يطّلع، و لا يقال: كان عادلا فصار فاسقا عند اطّلاعنا. فتبيّن- من جميع ما ذكرنا- أنّ هذين القولين لا يعقل أن يراد بهما بيان العدالة الواقعية، و لا دليل للقائل بهما يفي بذلك، و لا دلالة في عبارتهما المحكية عنهما، و لا فهم ذلك من كلامهما من يعتنى به مثل الشهيد و المحقّق الثاني و ابن فهد و غيرهم. ثمّ الظاهر رجوع القول الأوّل إلى الثالث، أعني اعتبار الاجتناب مع الملكة، لاتّفاقهم

المكاسب، ج۴، ص ۳۲۷

و صراحه مستندهم كالنصوص و الفتاوى على أنّه تزول بارتكاب الكبيرة العدالة بنفسها و يحدث الفسق الّذى هو ضدّها، و حينئذ فإمّا أن يبقى الملكة أم لا- فإن بقيت ثبت اعتبار الاجتناب الفعلى فى العدالة، فإن ارتفعت ثبت ملازمة الملكة للاجتناب الفعلى. فمراد الأوّلين من «الملكة الباعثة على الاجتناب»: الباعثة فعلا، لا ما من شأنها أن تبعث و لو تخلّف عنها البعث لغلبة الهوى و تسويل الشيطان، و يوضّحه توصيف «الملكة» فى كلام بعضهم بل فى معقد الاتّفاق ب «المانعة عن ارتكاب الكبيرة» فإنّ المتبادر: المنع الفعلى بغير اشكال. و أوضح منه تعريفها- الشهيد فى باب الزكاة من نكت الإرشاد- :

بأنّها هيئة راسخة تبعث على ملازمة التقوى بحيث لا يقع منها الكبيرة و لا الإصرار على الصغيرة «۱» بناء على أنّ الحيثية بيان لقوله: «تبعث»، لا قيد توضيحىّ للملازمة.

نعم: يبقى الكلام فى أنّ العدالة هل هى الملكة الموجبة للاجتناب أو الاجتناب عن ملكة، أو كلاهما حتّى يكون عبارة عن الاستقامة الظاهرة فى الأفعال، و الباطنة فى الأحوال؟ و هذا لا يترتّب عليه كثير فائدة، إنّما المهمّ بيان مستند هذا القول، و عدم كون العدالة هى مجرّد الاستقامة الظاهرية و لو من دون ملكة- كما هو ظاهر من عرفت- «۲» حتّى يكون من علم منه هذه الصفة عادلا و إن لم يكن فيه ملكتها. و يدلّ عليه- مضافا إلى الأصل «۳» و الاتّفاق المنقول المعتضد بالشهرة المحقّقة، بل عدم الخلاف، بناء على أنّه لا يبعد إرجاع كلام الحلّى «۴» إلى المشهور كما لا يخفى، و إلى ما دلّ على اعتبار الوثوق بدين إمام الجماعة و ورعه، مع أنّ الوثوق لا يحصل بمجرّد تركه المعاصى فى جميع ما مضى من عمره، ما لم يعلم أو يظنّ فيه ملكة الترك، و اعتبار المأمونية و العفة و الصيانة و الصلاح و غيرها ممّا اعتبر فى الأخبار من الصفات النفسانية فى الشاهد، مع الإجماع على عدم اعتبارها زيادة على العدالة فيه و فى الإمام- صحيحة ابن أبى يعفور، حيث سأل أبا عبد اللّه عليه السلام و قال: «بم يعرف عدالة الرجل بين المسلمين حتّى تقبل شهادته لهم و عليهم؟ فقال: أن يعرفوه بالستر و العفاف و كفّ البطن و الفرج و اليد و اللسان، و تعرف باجتناب الكبائر الّتى أوعد اللّه عليها النار.. إلى آخر الحديث» «۵» فإنّ الستر و العفاف و الكفّ قد وقع مجموعها المشتمل على الصفة النفسانية معرّفا للعدالة، فلا يجوز أن يكون أخصّ منها، بل لا بدّ من مساواته، و قد يكون أعمّ إذا كان من المعرّفات الجعلية، كما جعل عليه السلام فى هذه الصحيحة الدليل على هذه الأمور كون الشّخص ساترا لعيوبه. و دعوى أنّ ظاهر السؤال وقوعه عن الأمارة المعرّفة للعدالة بعد معرفة مفهومها تفصيلا، و الصفات المذكورة ليست أمارة بل- هى على هذا القول- عينها، فيدور الأمر بين حمل السؤال على وقوعه عن المعرّف المنطقى لمفهومها بعد العلم إجمالا- و هو خلاف ظاهر السؤال- ، و بين خلاف ظاهر آخر، و هو حمل الصفات المذكورة على مجرّد ملكاتها، فتكون ملكاتها معرّفة و طريقا للعدالة، و حينئذ فلا تصح أن يراد بها إلّا نفس اجتناب الكبائر المسبّب عن ملكة العفاف و الكفّ، و هو القول الثانى مدفوعة: أوّلا: ببعد إرادة مجرّد الملكة من الصفات المذكورة، بخلاف إرادة المعرّف المنطقى الشارح لمفهوم العدالة، فإنّه غير بعيد، خصوصا بملاحظة أنّ طريقية ملكة ترك المعاصى لتركها ليست أمرا مجهولا عند العقلاء محتاجا إلى السؤال، و خصوصا بملاحظة قوله فيما بعد: «و الدليل على ذلك كلّه أن يكون ساترا لعيوبه.. إلخ»، فإنّه على ما ذكر يكون أمارة على أمارة، فيكون ذكر الأمارة الأولى- أعنى الملكة- خالية عن الفائدة مستغنى عنها بذكر أمارتها، إذ لا حاجة غالبا إلى ذكر أمارة تذكر لها أمارة أخرى، بخلاف ما لو جعل الصفات المذكورة عين العدالة، فإنّ المناسب بل اللازم أن يذكر لها طريق أظهر و أوضح للناظر فى أحوال الناس. و يؤيّد ما ذكرنا أنّه لا معنى محصّل حينئذ لقوله عليه السلام- بعد الصفات المذكورة- : «و تعرف باجتناب الكبائر الّتى أوعد اللّه عليها النار»، لأنّ الضمير فى «تعرف» إمّا راجع إلى العدالة بأن يكون معرّفا مستقلا، و إمّا راجع إلى الشخص بأن يكون من تتمة المعرّف الأوّل، و إمّا أن يكون راجعا إلى الستر و ما عطف عليه، ليكون معرّفا للمعرّف، و قوله عليه السلام: «و الدليل على ذلك.. إلخ» «۶» معرّفا ثالثا، و هو أبعد الاحتمالات. و على أىّ تقدير فلا يجوز أن يكون أمارة على العدالة، لأنّه على هذا القول نفس العدالة. و الحاصل: أنّ الأمور الثلاثة المذكورة من قبيل المعرّف المنطقى للعدالة، لا المعرّف الشرعى فى اصطلاح الأصوليّين. ثمّ إنّ المراد بالستر هنا غير المراد به فى قوله عليه السلام فيما بعد: «و الدلالة على ذلك كله أن يكون ساترا لعيوبه» و إلّا لم يعقل أن يكون

أحدهما طريقا للآخر، بل المراد بالستر هنا ما يرادف الحياء و العفاف، قال فى الصحاح: رجل ستير، أى: عفيف، و جارية ستيرة «۷» فكأنّ المراد بالستر- هنا- : الاستحياء من اللّه، و بالستر- فيما بعد- :
الاستحياء من الناس، و لذا ذكر القاضى: أنّ العدالةتثبت بالستر و العفاف و اجتناب القبائح أجمع «۸». بقى الكلام فى بيان الأظهر من الاحتمالات الثلاث المتقدّمة فى قوله عليه السلام: «و تعرف باجتناب الكبائر.. إلخ» و أنّ الاجتناب هل هى تتمّة للمعرّف أو معرّف له، أو للمعرّف- بالفتح- ؟ لكن الثانى فى غاية البعد سواء حمل المعرّف على المنطقى أو على الشرعى. [أمّا على الأوّل] «۹» فلعدم كون الأمور المذكورة أمورا عرفية متساوية فى البيان لمفهوم الاجتناب، فلا يحسن جعله طريقا إليها، أو شارحا لمفاهيمها. و الثالث أيضا بعيد، بناء على المعرّف المنطقى و الشرعى، لأنّه إن أريد ب «اجتناب الكبائر» الاجتناب عن ملكة، فليس أمرا مغايرا للمعرّف الأوّل، فذكره كالتكرار، و إن أريد نفس الاجتناب، و لو لا عن ملكة، فلا معنى لجعله معرّفا منطقيّا بعد شرح مفهوم العدالة أوّلا بما يتضمّن اعتبار الملكة فى الاجتناب. و الحاصل: إنّ جعله معرّفا منطقيّا فاسد، لأنّه إمّا أن يراد من المعرّفين كليهما معنى واحد و إمّا أن يراد من كلّ منهما معنى، و على الأوّل يلزم التكرار، و على الثانى يلزم تغاير الشارحين لمفهوم واحد. و كذا لا يجوز جعله معرّفا شرعيّا، لأنّ حاصله يرجع إلى جعل نفس الاجتناب طريقا إلى كونه عن ملكة، و هذا بعيد لوجهين: أحدهما: أنّ معرفة الاجتناب عن جميع الكبائر ليس بأسهل من معرفة الملكة، بل معرفة الملكة أسهل من معرفة الاجتناب، فلا يناسب جعله معرّفا لها. الثانى: أنّه جعل
المكاسب، ج۴، ص ۳۲۸
الدليل على ذلك كلّه أن يكون ساترا لجميع عيوبه حتّى يحرم على المسلمين تفتيش ما وراء ذلك من عثراته، فستر العيوب عن الناس قد جعل طريقا ظاهريّا، و من المعلوم أنّ جعل الاجتناب الواقعى طريقا مستدرك بعد جعل عدم العلم بالارتكاب طريقا، بل اللازم جعله طريقا من أوّل الأمر، لأنّ جعل الأخصّ طريقا بعد جعل الأعمّ مستدرك، و هذا كما يقال: إنّ إمارة العدالة عند الجهل بها الإيمان الواقعى، و علامة الإيمان الواقعى عند الجهل به: الإسلام، فإنّ جعل الإيمان الواقعى «۱» طريقا، مستغنى عنه، بل لازم قوله عليه السلام: «حتّى يحرم على المسلمين تفتيش ما وراء ذلك» أنّه لا يجوز التوصّل بالأمارة الاولى و هو الاجتناب الواقعى، لأنّه يتوقّف على الفحص عن أحواله. فثبت من جميع ذلك أنّ أظهر الاحتمالات المتقدّمة هو كونه تتمة للمعرّف، بأن يجعل المراد بكفّ البطن و الفرج و اليد و اللسان، كفّها عن المعاصى الخاصّة الّتى تتبادر عند إطلاق نسبة المعصية إلى إحدى الجوارح. [المذكورة فإنّ المتبادر من معصية البطن: أكل الحرام، و من معصية الفرج: الزنا، و من معصية اليد: ظلم الناس، و من اللسان: الغيبة و الكذب، فيكون ذكره بعد ذكر الكفّ من قبيل التعميم بعد التخصيص، و عقيب الستر و العفاف من قبيل ذكر الأفعال بعد الصفات النفسانيّة الموجبة لها. و يحتمل أيضا أن يراد بالستر: الاستحياء المطلق، و بالعفاف: التعفّف عن مطلق المعاصى، و بالكفّ (الكف) «۲» عن مطلق الذنوب، و يكون ذكر الجوارح الأربع لكونها أغلب ما تعصى من بين الجوارح] «۳». و حينئذ فيكون قوله: «و تعرف باجتناب الكبائر» من قبيل التخصيص بعد التعميم و التقييد بعد الإطلاق، تنبيها على أنّ ترك مطلق المعاصى غير معتبر فى العدالة

. [اعتبار المروّة فى مفهوم العدالة]

ثمّ المشهور بين من تأخّر عن العلّامة: اعتبار المروّة فى مفهوم العدالة، حيث عرّفوها بأنّها هيئة راسخة تبعث على ملازمة التقوى و المروّة، و هو الّذى يلوح من عبارة المبسوط، حيث ذكر أنّ العدالة فى اللغة: أن يكون الإنسان متعادل الأحوال متساويا، و فى الشريعة: من كان عدلا فى دينه، عدلا فى مروّته، عدلا فى أحكامه «۴» (انتهى)، بناء على أنّ المراد بالعدالة فى الدين و المروّة و الأحكام:
الاستقامة فيها. و أمّا كلام غير الشيخ ممّن تقدّم على العلّامة، فلا دلالة فيه، بل و لا إشعار على ذلك. نعم: ذكره ابن الجنيد فى شرائط قبول الشهادة «۵»، و كذا ابن حمزة فى موضع من الوسيلة «۶»، بل كلامه الأخير المتقدّم فى صدر المسألة «۷»- ككلامى المفيد و الحلّى المتقدّم ذكرهما «۸»- دالّ على عدم اعتبارها. و أمّا الصدوقان فهما و إن لم يفسّرا العدالة، إلّا أنّ كلامهما المتقدّم «۹» من أنّه

«لا يصلّى إلّا خلف رجلين [أحدهما من تثق بدينه و ورعه و أمانته، و الآخر من تتقى سيفه و سوطه] «۱۰» ظاهر فى عدم اعتبار المروّة فى العدالة، بناء على أنّ اعتبار العدالة فى الإمام متّفق عليه. نعم، قد أخذ القاضى «الستر» و «العفاف» فى العدالة «۱۱» بناء على ما سيأتى «۱۲» من أنّه لا يبعد استظهار اعتبار المروّة من هذين اللفظين. و ذكر فى الجامع أنّ العدل الّذى يقبل شهادته، هو البالغ العاقل المسلم العفيف الفعلى المجتنب عن القبائح الساتر لنفسه «۱۳» فإن جعلنا الموصول «۱۴» صفة تقييدية كانت العفّة- الّتى عرفت إمكان استظهار المروّة منها- مأخوذة فى عدالة الشاهد دون عدالة الإمام و مستحقّ الزكاة، و إلّا كانت مأخوذة فى مطلق العدالة. و ممّن لا يعتبر المروّة فى العدالة، المحقّق فى الشرائع «۱۵» و النافع «۱۶»، و تبعه العلّامة فى الإرشاد «۱۷» و ولده فى موضع من الإيضاح «۱۸». و عرّف الشهيد- فى نكت الإرشاد- العدالة فى كلام من اعتبرها فى مستحقّ الزكاة بأنّها «هيئة تبعث على ملازمة التقوى» «۱۹» و ظاهره أنّ العدالة تطلق فى الاصطلاح على ما لا يؤخذ فيه المروّة. و الحاصل: أنّه لو ادّعى المتتبع أنّ المشهور بين من تقدّم على العلّامة عدم اعتبار المروّة فى العدالة- خصوصا المعتبرة فى غير الشاهد- لم يستبعد ذلك منه، لما عرفت من كلمات من عدا الشيخ، و أمّا الشيخ فالعدالة المذكورة فى كلامه لا ينطبق على ما ذكره المتأخّرون، لأنّه أخذ فيه الإسلام و البلوغ و العقل، و هذا ليس معتبرا عند المتأخّرين، و إن كان العادل عندهم من أفراد البالغ العاقل المسلم، لكنّ الإسلام و الكمال ليسا جزءا للعدالة عندهم، و لذا يذكرون البلوغ و العقل و الإسلام على حدة، فالظاهر أنّه أراد بالعدالة صفة جامعة لشرائط العامّة لقبول الشهادة، و كيف كان: فالمتّبع هو الدليل. و ينبغى الجزم بعدم اعتبارها «۲۰» فى العدالة المعتبرة فى الإمام، و أنّ المعتبر فيه العدالة و «۲۱» الاستقامة فى الدين، لأنّ الدليل على اعتبار العدالة فى الإمام، إمّا الإجماعات المنقولة و إمّا الروايات: أمّا الإجماعات المنقولة «۲۲» فلا ريب فى أنّها ظاهرة فى العدالة فى الدين المقابلة للفسق الّذى هو الخروج عن طاعة اللّه، مع أنّ الخلاف فى أخذ المروّة فى العدالة يوجب حمل العدالة فى كلام مدّعى الإجماع على العدالة فى الدين، و يؤيّده أنّه لو كان المراد العدالة المطلقة الّتى تقدّم تفسيرها من المبسوط «۲۳» لم يحتج إلى اعتبار البلوغ و العقل فى الإمام مستقلا. و دعوى: أنّ دعوى الإجماع إنّما وقعت من المتأخّرين الّذين أخذوا المروّة فى العدالة، و كلام مدّعى الإجماع يحمل على ما اللفظ ظاهر فيه عنده. مدفوعة- بعد تسليم ما ذكر كليّة- بأنّ الإجماع إذا فرض دعواه على العدالة المأخوذة فيها المروّة فهى موهونة بمصير جلّ القدماء- كما عرفت- على خلافه. و إن كان المستند الروايات فنقول: إنّها بين ما دلّ على اعتبار العدالة، و الظاهر منها هى الاستقامة فى الدين، لأنّها الاستقامة المطلقة فى نظر الشارع، فإنّ التحقيق أنّ العدالة فى كلام الشارع و أهل الشرع يراد بها:

الاستقامة، لكنّ الاستقامة المطلقة فى نظر الشارع هو الاستقامة على جادّة الشرع و عدم الميل عنها، و إن قلنا بأنّها منقولة من الأعمّ إلى الأخصّ، لكن نقول: إنّ المتبادر منها الاستقامة من جهة الدين، لا من جهة العادات الملحوظة عند الناس حسنا أو قبيحا. و غاية ما يمكن أن يستدلّ لاعتبارها فى العدالة المستعملة فى كلام الشارع: صحيحة ابن أبى يعفور، و محل الدلالة يمكن أن يكون فقرأت منها: الأولى: قوله: «بأنّ يعرفوه بالستر» على أن يكون المراد منه ستر العيوب الشرعية و العرفيّة. الثانية: قوله عليه السلام:

«و كفّ البطن و الفرج و اليد و اللسان» بناء على أنّ منافيات المروّة غالبا من شهوات الجوارح. الثالثة: قوله عليه السلام: «و الدالّ على ذلك كلّه أن يكون ساترا لعيوبه.. إلخ». و قد تمسك بكلّ واحد من هذه الفقرات بعض ممّن «۲۴» عاصرناهم. و فى الكلّ نظر، أمّا الفقرة الأولى: فلما عرفت سابقا من أنّ المراد بالستر ليس هو الستر الفعلى، و إنّما يراد به صفة مرادفة للعفاف- كما سمعت من الصحاح «۲۵»- ، كيف و قد جعل ستر العيوب بعد ذلك دليلا على العدالة، فيلزم اتّحاد الدليل و المدلول، مضافا إلى أنّ المتبادر من الستر:

تعلّقه بالعيوب الشرعيّة دون العرفية، فلا يفيد حذف المتعلّق العموم. و بهذا يجاب عن الفقرة الثانية، فإنّ الظاهر من كفّ الجوارح الأربع: كفّها عن معاصيها، لا مطلق ما تشتهيها. و أمّا الفقرة الثالثة، ففيها أوّلا: أنّ المتبادر من «العيوب» هى ما تقدّم فى الفقرة السابقة ممّا أخذ تركها فى مفهوم العدالة، لا مطلق النقائص فى

المكاسب، ج۴، ص ۳۲۹

الكبـائر و الصـغائر و المكروهـات المنافيـة للمروّة، و إلّـا لزم تخصـيص الأكثر، إذ الكبائر و منافيات المروّة فى جنب غيرهما- الّـذى لا يعتبر فى العدالـة تركها و لا فى طريقها سترها- كالقطرة فى جنب البحر، فلا بـدّ من حمله على المعهود المتقـدّم فى الفقرات السابقـة، فكأنّ الإمام عليه السـلام لمّا عرّف العدالة بملكة الكفّ و التعفّف عن الكبائر جعل سترها عند المعاشرة و المخالطة طريقا إليها. و ثانيا: أنّ غايـة ما يـدلّ عليه هذه الفقرة كون ستر منافيات المروّة من تتمّة طريق العدالة، لا مأخوذة فى نفسـها، فيكون فيه دلالة على أنّ عدم ستر منافيات المروّة و ظهورها عنـد المعاشـرة و المخالطة لا يوجب الحكم ظاهرا بعدالة الرجل الّتى تقدّم معناها فى الفقرات السابقة، و لا- يلزم من هـذا أنّا لو اطّلعنا على ذلـك المعنى بحيث لا- يحتـاج إلى الطريق الشـرعى و علمنـا منه صـدور منافيات المروّة لم نحكم بعـدالته، لأنّ الوصول إلى ذى الطريق يغنى عن الطريق. ففى الروايـة دلالة على التفصـيل الّذى ذكره بعض متأخّرى المتأخّرين، من أنّه لو كشف فعل منافى المروّة عن قلّة المبالاة فى الدين، بحيث لا يوثق معه بالتحرّز عن الكبائر و الإصـرار على الصـغائر كان معتبرا و إلّا فلا- و هـذا التفصـيل غير بعيـد، لكنّه فى الحقيقـة ليس تفصـيلا فى مسألـة اعتبار المروّة فى نفس العدالـة- بل قول بنفيه مطلقا- إلّا أنّه يوجب الوهن فى حسن الظاهر الّذى هو طريق إليها. ثمّ إنّ الّذى يخطر بالبال أنّه إن كان و لا بدّ من فهم اعتبار المروّة من الصـحيحة- بناء على أنّ المذكور فيه حدّ لها، لا بدّ من أن يكون مطّردا، فترك التعرّض لاعتبار ما يعتبر مخلّ بطردها- فالأنسب أن يقال: إنّ ذلك إنّمـا يسـتفاد من لفظى «الستر» و «العفـاف» الراجعين إلى معنى واحـد، كمـا عرفت من قول الصـحاح: «رجل.. إلـخ» «۱» فيكون المراد بـالستر ما عـدّ- فى الحـديث المشـهور المـذكور فى أصول الكافى فى باب جنود العقل و الجهل- مقابلا للتبرّج «۲» المفسّر فى كلام بعض محقّقى شـرّاح أصول الكافى بالتظاهر بما يقبح و يسـتهجن فى الشـرع أو العرف «۳». و لا ريب أنّ منافيات المروّة ممّا يسـتهجن فى العرف، فهى منافيـة للستر و العفاف بذلك المعنى. و قد ذكر بعضـهم فى عدالة القوّة الشـهويّة- المسـمّاة بالعفّة- أنّ ما يحصل من عـدم تعـديلها: عـدم المروّة. و ظاهره أنّ المروّة لازمـة للعفاف. ثمّ إنّ المروّة- على القول باعتبارها فى العدالـة- مثل التقوى المراد بها عنـدهم: اجتناب الكبائر و الإصـرار على الصـغائر، ففعل منافيها يوجب زوال العدالـة بمجرّده من غير حاجـة إلى تكراره «۴» كارتكاب الكبيرة لأنّه لازم تفسيرهم للعدالة بالملكة المانعة عن «۵» مجانبة «۶» الكبائر و منافيات المروّة و الباعثة على ملازمة التقوى و المروّة، و قد عرفت أنّ المراد بالبعث أو المنع:

الفعلى، لا الشأنى. نعم: ربّما يكون بعض الأفعال لا ينافى المروّة بمجرّده، و لذا قيّدوا منافيات «۷» الأكل فى الأسواق بصورة غلبة وقوع ذلك منه، و أنّه لا يقدح وقوعه نادرا، أو للضـرورة، أو من السوقى، فمعناه- بقرينة عطف الضرورة و السوقى أنّه لا ينافى المروّة، لا أنّه مـع منافـاته المروّة لا- يـوجب زوال العدالـة بمجرّده. نعم: فرق بين التقـوى و المروّة، و هـو أنّ مخالفـة التقوى يوجب الفسق، بخلـاف مخالفـة المروّة، فإنّها توجب زوال العدالة دون الفسق، ففاقد المروّة إذا كانت فيه ملكة اجتناب الكبائر، واسطة بين العادل و الفاسق. و من جميع ما ذكرنا يظهر ما فى كلام بعض سادة مشايخنا «۸»، حيث إنّه بعد ما أثبت اعتبار المروة بالفقرة الثالثة المتقدمة من الصحيحة قال: بقى الكلام فى أنّ منافيات المروّة هل توجب الفسق بمجرّدها كالكبائر؟ أو بشـرط الإصـرار أو الإكثار كالصـغائر؟ أو تفصيل بين مثل تقبيل الزوجة فى المحاضـر و بين مثل الأكل فى الأسواق؟ و هذا هو المختار. ثمّ استشهد بكلام جماعة ممّن قيّد الأكل فى السوق بالغلبة أو الدوام.

و يمكن تأويل أوّل كلامه بأنّ المراد من الفسق: مجرّد عـدم العدالـة، دون الفسق المتكرّر فى كلام الشارع و المتشـرّعة، لكنّه بعيـد. و أبعـد منه: توجيه كلامه فيما ذكره من الوجوه الثلاثـة فى زوال العدالة بمنافيات المروّة، بأنّ المراد ما ينافيها بحسب الأعمّ من المرّة «۹» و الإكثار، و معناه أنّ ما ينافى المروّة بجنسه هل يزيل العدالـة بمجرّده أو بشـرط الإكثار؟ و هو كما ترى!. ثمّ إنّه قد تلخّص ممّا ذكرنا من أوّل المسألة إلى هنا أنّ الأقوى- الّذى عليه معظم القدماء و المتأخّرين- : هو كون العدالة عبارة عن صـفة نفسانيّة توجب التقوى و المروّة أو التقوى فقـط- على ما قوّيناه. و عرفت «۱۰» أيضا أنّ القول بأنّها عبارة عن «الإسـلام و عـدم ظهور الفسق» غير ظاهر من كلام

أحد من علمائنا و ان كان ربّما نسب إلى بعضهم «۱۱»، كما عرفت، و عرفت ما فيه «۱۲». و كذلك القول بأنّها عبارة عن «حسن الظاهر» غير مصرّح به فى كلام أحد من علمائنا، و إن نسبه بعض متأخّرى المتأخّرين إلى كثير، بل إلى الكلّ «۱۳». و كيف كان: فالمتّبع هو الدليل و إن لم يذهب اليه إلّا قليل، و قد عرفت الأدلّة.

[ما أورد على القول بالملكة]

اشارة

بقى الكلام فيما أورد على القول بالملكة و هى وجوه:

منها:

ما ذكره المولى الأعظم وحيد عصره فى شرح المفاتيح- على ما حكاه عنه بعض الأجلّة «۱۴»- من أنّ حصول الملكة بالنسبة إلى كلّ المعاصى بمعنى صعوبة الصدور لا استحالته، فربّما يكون نادرا بالنسبة إلى نادر من الناس- إن فرض تحقّقه- و يعلم أنّ العدالة ممّا تعمّ به البلوى و تكثر إليه الحاجات فى العبادات و المعاملات و الإيقاعات، فلو كان الأمر كما يقولون لزم الحرج و اختلّ النظام، مع أنّ القطع حاصل بأنّه فى زمان الرسول صلّى اللّه عليه و آله و سلم و الأئمّة عليهم السلام ما كان الأمر على هذا النهج، بل من تتبع الأخبار الكثيرة يحصل القطع بأنّ الأمر لم يكن كما ذكروه فى الشاهد، و لا فى إمام الجماعة. و يؤيّده ما ورد «۱۵» فى أنّ إمام الصلاة إذا أحدث، أو حدث له مانع آخر، أخذ بيد آخر و أقامه مقامه (انتهى). و قال السيّد الصدر فى شرح الوافية- بعد ما حكى عن المتأخّرين أنّ العدالة «هى الملكة الباعثة على التقوى و المروّة»- ما لفظه: أمّا كون هذه الملكة عدالة فلا ريب فيه، لأنّ الوسط بين البلادة و الجربزة تسمّى: حكمة، و بين إفراط الشهوة و تفريطها هى: العفّة، و بين الظلم و الانظلام هى: الشجاعة، فإذا اعتدلت هذه القوى حصلت كيفيّة وحدانيّة شبيهة بالمزاج، كأنّها تحصل من الفعل و الانفعال بين طرفى هذه القوى، و انكسار سورة كلّ واحدة منها، و بعد

المكاسب، ج۴، ص ۳۳۰

حصولها يلزمها التقوى و المروّة. و أمّا اشتراط تحقّق هذا [المبنى بهذا] «۱» المعنى، حيث اعتبر الشارع العدالة، فلم أطّلع على دليل ظنّى لهم، فضلا عن القطعىّ، و صحيحة ابن أبى يعفور «۲» عليهم لا لهم- كما قيل- ، نعم: لا يحصل لنا الاطمئنان التامّ فى اجتناب الذنب فى الواقع إلّا فيمن يعلم أو يظنّ حصول تلك الملكة فيه، و هذا يقرّب اعتبارها، و لكن يبعّده أنّ هذه الصفة الحميدة تكون فى الأوحدىّ الّذى لا يسمح «۳» الدهر بمثله إلّا نادرا، لأنّ التعديل المذكور يحتاج إلى مجاهدات شاقّة مع تأييد ربّانى، و الاحتياج إلى العدالة عامّ لازم فى كلّ طائفة من كلّ فرقة من سكّان البرّ و البحر حفظا لنظام الشرع.

ثمّ قال: لا يقال إنّ الشارع و إن اعتبر الملكة، و لكنّه جعل حسن الظاهر مع عدم عثور الحاكم أو المأموم على فعل الكبيرة و الإصرار على الصغيرة علامة لها، و هذا يحصل فى أكثر الناس. لأنّا نقول: إن اعتبر القائل بالملكة فيما يعرف به العدالة هذا الّذى قلت، فلا ثمرة للنزاع فى أنّ العدالة ما ذا؟ (انتهى موضوع الحاجة) «۴». و الجواب عن ذلك كلّه: أنّا لا نعنى بقولنا: «العدالة هيئة راسخة» أو «ملكة» أو «هيئة نفسانيّة» إلّا الصفة النفسانية الحاصلة من خشية اللّه بحيث يردعه عن المعصية. توضيح ذلك: أنّ ترك المعاصى قد يكون لعدم الابتلاء بها، و قد يكون مع الابتلاء بالمعصية للدواعى النفسانيّة لا لخوف اللّه، و قد يكون لحالة خوف حاصلة فيه على سبيل الاتّفاق تمنعه عن الإقدام على المعصية، حتّى أنّه إذا ترك فى زمان طويل معاصى كثيرة ابتلى بها، كان الترك فى كلّ مرّة مستندا إلى حالة اتّفقت له فى ذلك الزمان، و قد يكون ترك المعاصى لحالة واحدة مستمرّة فى الزمان الّذى يبتلى فيه بالمعاصى. و هذا الرابع هو

المقصود من «الصفة النفسانيّة» أو «الصفة الراسخة» فى مقابل «الغير الراسخة»- الموجودة فى الثالث. قال العلّامة فى نهاية الأصول «۵»- على ما حكى عنه- فى بيان طرق معرفة العدالة: الأوّل: الاختبار بالصحبة المتأكّدة و الملازمة، بحيث يظهر له أحواله و يطّلع على سريرة أمره بتكرار المعاشرة، حتّى يظهر له من القرائن ما يستدلّ به على خوف فى قلبه مانع عن الكذب و الإقدام على المعصية (انتهى). ثمّ إنّ العبرة بكون تلك الحالة باعثة هو الحال المتعارف للإنسان، دون حالة كماله، فقد تعرض للشخص حالة كأنّه لا يملك من نفسه مخالفة الشهوة أو الغضب، لقوّة قهر القوّة الشهويّة أو الغضبيّة و غلبتهما، و عليه يحمل ما حكى عن المقدّس الأردبيلى «۶»: من أنّه سئل عن نفسه إذا ابتليت بامرأة مع استجماع جميع ماله دخل فى رغبة النفس إلى الزنا؟ فلم يجب قدّس سرّه بعدم الفعل، بل قال: «أسأل اللّه أن لا يبتلينى بذلك» فإنّ عدم الوثوق بالنفس فى مثل هذه الفروض الخارجة عن المتعارف لا يوجب عدم الملكة فيه، إذ مراتب الملكة فى القوّة و الضعف متفاوتة، يتلو آخرها: العصمة، و المعتبر فى العدالة أدنى المراتب، و هى الحالة الّتى يجد الإنسان بها مدافعة الهوى فى أوّل الأمر و إن صارت مغلوبة بعد ذلك، و من هنا تصدر الكبيرة عن ذى الملكة كثيرا. و كيف كان: فالحالة المذكورة غير عزيزة فى الناس [و] ليس فى الندرة على ما ذكره الوحيد البهبهانى «۷» بحيث يلزم من اشتراطه و إلغاء ما عداه، اختلال النظام. و كيف يخفى على هؤلاء ذلك حتّى يعتبروا فى العدالة شيئا، يلزم منه- بحكم الوجدان- ما هو بديهىّ البطلان؟ إذ المفروض أنّه لاخفاء فى الملازمة و لا- فى بطلان اللازم- و هو الاختلال- بل الإنصاف أنّ الاقتصار على ما دون هذه المرتبة يوجب تضييع حقوق اللّه و حقوق الناس و كيف يحصل الوثوق فى الإقدام على ما أناطه الشارع بالعدالة لمن لا يظنّ فيه ملكة ترك الكذب و الخيانة، فيمضى قوله فى دين الخلق و دنياهم من الأنفس و الأموال و الأعراض، و يمضى فعله على الأيتام و الغيّب «۸» و الفقراء و السادة «۹». قال بعض السادة: أنّ الشريعة المنيعة الّتى منعت من إجراء الحدّ على من أقرّ على نفسه بالزنا مرّة بل ثلاثا كيف يحكم بقتل النفوس و اهراقهم «۱۰» و قطع أياديهم و حبسهم و أخذ أموالهم، و أرواحهم بمجرّد شهادة من يجهل حاله من دون اختبار.

و أمّا ما ذكره السيّد الصدر «۱۱»:- من كون الملكة عبارة عن تعديل القوى الثلاث: قوّة الإدراك، و قوّة الغضب، و قوّة الشهوة، و أنّ العدالة تتوقّف على الحكمة و العفّة و الشجاعة- فلا- أظنّ أنّ الفقهاء يلتزمون ذلك فى العدالة، كيف، و ظاهر تعريفهم لها بالحالة النفسانية ينطبق على الحالة الّتى ذكرناها و هى الموجودة فى كثير من الناس. و دعوى: أنّ إدخالهم المروّة فى مدخول «۱۲» الملكة و جعلهم العدالة هى الملكة الجامعة بين البعث على التقوى و البعث على المروّة ظاهر فى اعتبار أزيد من الحالة النفسانيّة المذكورة الّتى ذكرنا أنّها تنشأ من خشية اللّه تعالى، فإنّ هذه الحالة لا تبعث إلّا على مجانبة الكبائر و الإصرار على الصغائر، و لا تبعث على مراعاة المروّة مدفوعة: أوّلا: بما عرفت «۱۳» من أنّ الأقوى خروج المروّة عن مفهوم العدالة. و ثانيا: أنّ اعتبار الملكة الجامعة بين البعث على التقوى و المروّة غير ما ذكره السيّد أيضا، لأنّ المراد منها: الاستحياء و التعفّف فيما بينه و بين اللّه و بين الناس، و هذا أيضا كثير الوجود فى الناس، بل الاستحياء عن الخلق موجود فى أكثر الخلق، فكما أنّ علماء الأخلاق عبّروا عن تعديل القوى الثلاث بالعدالة فكذلك الفقهاء عبّروا عن الاستحياء عن الخالق و المخلوق بالعدالة، لأنّها استقامة على جادّتى الشرع و العرف، و خلافه خروج عن إحدى الجادّتين. هذا مع أنّ جعل حسن الظاهر، بل مطلق الظنّ طريقا إلى هذه الصفة، أوجب تسهيل الأمر فى الغاية حتّى كاد لا يرى ثمرة لجعل العدالة هى الملكة، كما تقدّم من السيّد الصدر «۱۴»، فكيف يتفاوت الأمر فى اختلال النظام و استقامته بين جعلها «حسن الظاهر» و بين جعلها «الملكة» و جعل حسن الظاهر طريقا إليها؟.

و منها

«۱۵»: أنّ الحكم بزوال العدالة عند عروض ما ينافيها من معصية أو خلاف مروّة و رجوعها بمجرّد التوبة، ينافى كون العدالة هى الملكة. و ما يقال فى الجواب: من أنّ الملكة لا تزول بمخالفة مقتضاها فى بعض الأحيان، إلّا أنّ الشارع جعل الأثر المخالف لمقتضاها مزيلا لحكمها بالإجماع، و جعل التوبة رافعة لهذا المزيل، فالأمر تعبّدى. ففيه: أنّه مخالف لتصريحهم بالزوال و العود.

المكاسب، ج۴، ص ۳۳۱

و الجواب: ما تقدّم من أنّ العدالة ليست عندهم هى الملكة المقتضية للتقوى و المروّة، المجامعة لما يمنع عن مقتضاها، لأنّ قولهم: «ملكة تبعث» أو «تمنع» يراد بها البعث و المنع الفعلى. و يدلّ عليه ما مرّ عن نكت الإرشاد «۱» على أظهر احتماليه، فالملكة إذا لم يكن معها المنع الفعلى ليست عدالة. و لو أبيت إلّا عن ظهور عبائرهم فى كون العدالة هى الملكة المقتضية لا بقيد الخلوّ عن المعارض و المانع، فيكفى فى إرادة الملكة المقتضية الخالية عن المانع تصريح نفس أرباب الملكة- كغيرهم- بأنّ نفس العدالة تزول بمواقعة الكبائر، و لذا ذكرنا أنّه لا قائل بكون العدالة مجرّد الملكة من غير اعتبار للمنع الفعلى. و أمّا التوبة فهى إنّما ترفع حكم المعصية و تجعلها كغير الواقع فى الحكم، فزوال العدالة بالكبيرة حقيقى، و عودها بالتوبة تعبّدى، بل سيجىء «۲» أنّ الندم على المعصية عقيب صدورها، يعيد الحالة السابقة و هى الملكة المتّصفة بالمنع، إذ لا فرق حقيقة بين من تمنعه ملكته عن ارتكاب المعصية و بين من توجب عليه تلك الملكة الندم على ما مضى منه، فحالة الندم بعينها هى الحالة المانعة فعلا، لأنّ الشخص حين الندم على المعصية، من حيث إنّها معصية- كما هو معنى التوبة- يمتنع صدور المعصية منه، فالشخص النادم متّصف بالملكة المانعة فعلا، بخلاف من لم يندم، فتأمّل.

و منها:

أنّ ما اشتهر بينهم أنّ تقديم الجارح على المعدّل- عند التعارض- لا يتأتّى إلّا على القول بأنّ العدالة هى «حسن الظاهر» و أمّا على القول بأنّه «الملكة» فلا يتّجه، لأنّ المعدّل إنّما ينطق عن علم حصل له بعد طول المعاشرة و الاختبار، أو بعد الجهد فى تتبع الآثار، فيبعد صدور الخطأ منه، و يرشد إلى ذلك تعليلهم تقديم الجرح بأنّا إذا أخذنا بقول الجارح فقد صدّقناه و صدّقنا المعدّل، لأنّه لا مانع من وقوع ما يوجب الجرح و التعديل بأنّ يكون كلّ منهما اطّلع على ما يوجب أحدهما: و أنت خبير بأنّ المعدّل- على القول بالملكة- إنّما يخبر عن علم بالملكة و ما هو عليه فى نفس الأمر و الواقع، ففى تقديم الجرح حينئذ و تصديقهما معا جمع بين النقيضين، فتأمّل. و الجواب أنّ عدم الكبيرة مأخوذ فى العدالة إجماعا على ما تقدّم «۳» إمّا لكونه قيدا للملكة على ما اخترناه، و إمّا لأخذه فى العدالة بدليل الإجماع و النصّ، كيف! و لو لم يكن مأخوذة لم يكن الجارح معارضا له أصلا. و كيف كان: فاعتماد المعدّل على هذا الأمر العدمى المأخوذ فى تحقّق العدالة ليس إلّا على أصالة العدم، أو أصالة الصحّة، أو قيام الإجماع على أنّ العلم بالملكة المجرّدة طريق ظاهرىّ للحكم بتحقّق ذلك الأمر العدمى. و الحاصل: أنّ الإجماع منعقد- بل النصّ «۴»- على أنّه يكفى فى الشهادة على العدالة بعد العلم بالملكة أو حسن الظاهر- على الخلاف فى معناها- عدم العلم بصدور الكبيرة عنه، و لا يعتبر علمه أو ظنّه بأنّه لم يصدر عنه كبيرة إلى زمان أداء الشهادة. و على هذا فأحد جزأى الشهادة- و هو تحقّق ذلك الأمر العدمى- ثابت بالطريق الظاهرى، و هو مستند شهادته، و من المعلوم أنّ شهادة الجارح حاكمة على هذا الطريق الظاهرى، فإنّ تعارضهما إنّما هو باعتبار تحقّق هذا الأمر العدمى و عدم تحقّقه، و إلّا فلعلّ الجارح أيضا لا ينكر الملكة، بل يعترف بها فى متن الشهادة. فالمقام على ما اخترناه- من أخذ الاجتناب عن الكبيرة قيدا للملكة- نظير شهادة إحدى البيّنتين على أنّه ملكه قد اشتراه من المدّعى، تعويلا على أصالة صحّة الشراء، و شهادة البيّنة الأخرى أنّه ملك للآخر مستندا الى فساد ذلك الشراء لوجود مانع من موانع الصحّة. و على القول بكونه مزيلا للعدالة بالدليل الخارجى يكون نظير شهادة إحداهما بملكه لأحدهما، و شهادة الأخرى بانتقاله عنه إلى الآخر. و كيف كان: فالمعدّل يقول: «إنّه ذو ملكة لم أطّلع على صدور كبيرة منه» و الجارح يقول: «قد اطّلعت على صدور المعصية الفلانية [منه] «۵»» فشهادة المعدّل مركّبة من أمر وجودىّ و عدمى، و شهادة الجارح «۶» يدلّ على انتفاء ذلك الأمر العدمى، فالتعارض إنّما هو فى الجزء الأخير، و من المعلوم كونهما من قبيل النافى و المثبت. نعم: لو اعتبرنا فى التعديل الظنّ بعدم صدور الكبيرة، كان التعارض على وجه لا يمكن الجمع، فلا بدّ إمّا من ترجيح الجارح لاستناده إلى القطع الحسّى بخلاف المعدّل فإنّه مستند إلى الظنّ الحدسىّ، و إمّا من التوقّف عن الحكم

بالعدالـة و الفسق و الرجوع إلى الأصـل. كما أنّه لو اعتبر فى التعـديل العلم أو الظنّ بكون الشـخص بحيث لو فرض صـدور كبيرة عنه بادر إلى التوبـة- البتّة- ، كان المناسب تقديم المعدّل لأنّ غاية الجرح صدور المعصـية لكن المعدّل يظنّ أو يعلم بصدور التوبة عقيب المعصية على فرض صدورها، فكأنّ الجارح مستند فى تفسيقه إلى صدور الكبيرة و عدم العلم بالمزيل و هى التوبة، و المعدّل و إن لم يشهد بعدم صدور المعصية إلّا أنّه يشهد بالتوبة على فرض صدور المعصية.

و منها:

ما ذكره فى مفتاح الكرامة: من إطباق الأصحاب- إلّا السيّد و الإسكافى- على صحّة صلاة من صلّى خلف من تبيّن كفره أو فسقه «۷»، و به نطقت الأخبار «۸». أقول: لم أفهم وجه منافاة هـذا الحكم لكون العدالة هى «الملكة» دون «حسن الظاهر». و لم لا يجوز أن يكون العدالة كالإسـلام أمرا واقعيّا يستدلّ عليه بالآثار الظاهرة و يعتمد فيه عليها، فإذا تبيّن الخطأ بعد ترتيب الأثر يحكم الشارع بمضىّ تلك الآثار و عدم انتقاضها؟. فإن قلت: مقتضى ظهور الأدلّة فى كون العدالة شرطا واقعيّا بانضمام ما دلّ على صحّة الصلاة مع ثبوت الفسق، أن يكون العدالـة أمرا ظاهريّا غير قابل لانكشاف الخلاف لا الملكة الواقعيّة، و إلّا وجب إمّا صـرف أدلّة اشتراط تحقّقها فى الواقع عن ظاهرها و جعلها من الشـروط العلميـة، و إمّا إبقاؤها على ظاهرها من كونها شـرطا واقعيا، و صـرف أدلّة كون العدالة الواقعية شـرطا فى صحّة الصـلاة الخالية عن الفاتحة و غيرها- من خواصّ المنفرد- إلى كونها شـرطا علميّا، و كلاهما مخالفان للأصل. قلت: أوّلا: إنّه قد تقدّم «۹» أنّه لاـ يمكن أن يكون العدالـة أمرا ظاهريّـا- مثـل حسن الظـاهر و نحوه- مع كون الفسق أمرا واقعيّا، و إلّا خرجا عن التضادّ، لاجتماعهمـا حينئـذ فى من حسن ظـاهره و فرض فاسـقا فى الواقع، مع أنّ تضادّهمـا من بـديهيّات العرف، فإنّهم لا يحكمون بحـدوث الفسق من حين الاطّلاع على قبـح الإمام، بل يقولون: «إنّه تبيّن فسـقه» و لـذا عبّروا فى المسألة المتقدّمة بقولهم: إذا تبيّن فسق الإمام. و ثانيا: أنّه لو سلّمنا

المكاسب، ج۴، ص ۳۳۲

إمكـان تعقّله من كون نفس العدالـة الواقعيّـة حسن الظـاهر و إن فرض فسـقه واقعا، لكن نقول: إنّ الحكم بالصـحّة لا يـدلّ على عـدم كونها هى الملكـة و لو بضـميمة ظهور أدلّة اشتراطها فى كونها شـرطا واقعيّا، لأنّ الدليل على اشتراط العدالة إمّا الإجماع و إمّا الأخبار المتقدّمـة: أمّا الإجماع: فهو إنّما حصل بانضـمام فتوى القائلين بالملكة، و معلوم أنّهم يجعلونها شـرطا علميّا، نعم: أرباب حسن الظاهر، يجعلونه شرطا واقعيّا. هذا كلّه مع أنّ معقد إجماع المعتبر هو اعتبار ظهور العدالة لا اعتبار نفسها، قال: «ظهور العدالة معتبر عند علمائنا» «۱» و ظاهره كونه شرطا علميّا عند الكلّ، و هذا الكلام من المحقّق يدلّ أنّ العدالة عنده أمر واقعىّ، قد يظهر و قد لا يظهر، و لا ينطبق إلّا على «الملكة» و حينئذ فيصير عنده و عند غيره شرطا واقعيّا. و أمّا الأخبار: فما دلّ منها [على اعتبار الوثوق بالدين، فدلالته على كون العدالة شرطا علميّا واضحة، و الدالّ منها] «۲»

على اعتبار مفهوم العدالة ظاهر فى صورة العلم، إذ ليس فيها إلّا أنّه إذا كان الإمام عادلا فافعل «۳» كذا، فلا حظ و تأمّل. [مع أنّ صحة صلاة المأموم ليست اجماعيّة، فقد خالف السـيّد المرتضى فى المسألة بناء على أنّ العدالة شرط واقعىّ تبيّن انتفاؤها «۴» و احتجّ القائل بالصحّة، بأنّها صلاة مشروعة فى ظاهر الحكم، فهى مجزية] «۵». ثمّ إنّك قد عرفت غير مرّة أنّ القول بأنّ العدالة «نفس ظهور الإسلام و عـدم ظهور الفسق» مع كونه غير معقول- كمـا عرفت- ، غير مصـرّح فى كلاـم أحـد، بـل و لاـ ظـاهر و لا مومئ إليه. نعم، يظهر من المحكى عن بعض كلمات جماعة: الاكتفاء فى ثبوتها بالإسلام، و عدم ظهور الفسق.

و كذلك كون العدالة «نفس حسن الظاهر» غير معقول،

لما عرفت من بداهة مضادّتها مع الفسق المجامع لحسن الظاهر، و الشيء يمتنع أن يفسّر بما يجامع ضدّه، و مع ذلك فهو غير مصرّح به فی كلام أحد من المتقدّمين و ان دارت حكايته عنهم فی ألسنة بعض المتأخّرين «۶». و حيث إنّه حكی هذا القول عن خصوص بعض القدماء بأسمائهم، فلا بأس أن نشير إلی عدم مطابقة هذه الحكاية للواقع بالنسبة إلی من وصل إلينا كلماتهم. فممّن حكی عنه هذا القول: المفيد- فی المقنعة- ، حيث ذكر أنّ العدل «من كان معروفا بالدين و الورع عن محارم اللَّه» «۷». و لا- يخفی أنّ ظاهر هذا الكلام و إن كان تفسير العدل الواقعی بمن عرف بالدين و الورع، لا من اتّصف بهما فی نفس الأمر، لكن لا يخفی أنّ تحقّق الدين فی نفس الأمر معتبر فی العدالة اتّفاقا حتّی ممّن قال بأنّ العدالة هی «الإسلام مع عدم ظهور الفسق» و الكلام إنّما هو فی الورع عن المحارم و أنّه معتبر فی الواقع أو فی الظاهر، أی: فيما يظهر للناس فی أحواله، فلا- بدّ من أن يراد من العبارة: تفسير العدل المعلوم عدالته، لأنّه الّذی يترتّب عليه الأحكام، دون العدل النفس الأمری مع قطع النظر عن كونه معلوما، فكأنّه قال: «العدل المعروف عدالته من كان معروفا بالدين و الورع» فالعدل الواقعی من له دين و ورع فی الواقع، و العدل المعروف بهذه الصفة من كان معروفا بالدين و الورع. نعم: لو التزم أحد أنّ الإسلام الواقعیّ أيضا غير معتبر فی العدالة الواقعيّة، كان العدالة عنده: حسن الظاهر من حيث الدين و الورع، لكنّ الظاهر من حكاية هذا القول هو إلغاء الواقع و نفس الأمر بالنسبة إلی الورع لا الدين. و ممّن حكی عنه هذا القول الشيخ فی النّهاية «۸»، حيث ذكر «أنّ العدل الّذی يقبل شهادته: من كان ظاهره ظاهر الإيمان، ثمّ يعرف بالستر و العفاف». فظاهره إرادة معلوم العدالة، كما لا يخفی. و ممّا ذكر يعلم حال حكاية هذا القول عن القاضی «۹» حيث اعتبر فی العدالة «الستر و العفاف» و حال حكايته عن التقیّ «۱۰» حيث اعتبر فيها «اجتناب القبائح» الّذی هو أمر واقعیّ، و حال عبارة الجامع «۱۱» حيث اعتبر فيها «التعفّف و اجتناب القبائح» و لا يحضرنی كلام غيرهم. و بالجملة: فالقول المذكور بظاهره غير ظاهر من كلام أحد من القدماء، و سيأتی غاية ما يمكن أن يوجّه به هذا القول «۱۲».

هذا كلّه، مضافا إلی أنّ مجرّد وجود القائل لا يثبت القول، بل لا بدّ له من الدليل، و لم نجد فی الأدلّة ما يدلّ علی كون العدالة الّتی هی ضدّ الفسق «مجرّد حسن الظاهر» و إن استدلّ له بعض متأخّری المتأخّرين «۱۳» بأخبار، هی بين ظاهر فی اشتراط قبول الشهادة بالصفة الواقعيّة الّتی لا دخل لظهورها فی تحقّقها و إن كان لظهورها دخل فی ترتيب أحكامها- كما هو شأن كلّ صفة باطنيّة واقعيّة من الشجاعة و الكرم، بل العصمة و النبوّة و نحوهما- مثل قوله عليه السلام: «لا بأس بشهادة الضيف إذا كان عفيفا صائنا» «۱۴». و: «لا بأس بشهادة المكاری و الجمّال و الملّاح إذا كانوا صلحاء» «۱۵». و ما ورد فی تفسير العسكری عليه السلام «۱۶» من أنّه: «إذا كان الرجل «۱۷» صالحا عفيفا، مميّزا، محصّلا، مجانبا للمعصية و الهوی، و الميل و المخائل «۱۸»، فذلك «۱۹» الرجل الفاضل». و صحيحة ابن أبی يعفور الّتی قد عرفت دلالتها «۲۰». و بين ظاهر فی أنّ حسن الظاهر يوجب الحكم علی الشخص بالعدالة و قبول الشهادة، فهو طريق إليها لأنفسها، مثل قوله عليه السلام: «من عامل الناس فلم يظلمهم، و حدّثهم فلم يكذبهم، و وعدهم فلم يخلفهم، فهو ممّن حرمت غيبته و كملت مروّته و ظهرت عدالته و وجبت أخوّته» «۲۱». و قوله: «من صلّی الخمس فی الجماعة، فظنّوا به كلّ خير» «۲۲». و ما ورد فی قبول شهادة القابلة فی استهلال الصبیّ- إذا سئل عنها فعدّلت «۲۳». و ما ورد: «أنّ الشاهد إذا كان ظاهره ظاهرا مأمونا جازت شهادته و لا يسأل عن باطنه» «۲۴». و فی قبول شهادة المسلم «إذا كان يعرف منه خير» «۲۵». و أنّه «لا- تصلّ إلّا خلف من تثق بدينه و أمانته» «۲۶». و غير ذلك ممّا دلّ علی ترتّب أثر العدالة علی حسن الظاهر. و هذا شيء لا ينكره أهل الملكة، فإنّهم يجعلونه طريقا، كما هو ظاهر قوله عليه السلام فی صحيحة ابن أبی يعفور- بعد تفسير العدالة بما هو ظاهر فی اعتبار الصفة النفسانيّة- : «و الدلالة علی ذلك كلّه أن يكون ساترا لعيوبه» «۲۷». و من هذه الصحيحة و نحوها- مثل قوله: «ظهرت عدالته»- يظهر اندفاع ما يقال: من أنّ ظاهر اشتراط قبول الشهادة بحسن الظاهر- كما دلّت عليه تلك الأخبار بضميمة ما دلّ علی اشتراطه بالعدالة- هو اتّحاد العدالة و حسن الظاهر، للإجماع علی عدم كونهما شرطين متغايرين، فكون حسن الظاهر طريقا إلی العدالة خلاف ظاهر الاتّحاد، كما إذا ورد أنّه «يشترط فی الشاهد العدالة» و ورد أيضا «يشترط فيه حسن الظاهر» فحينئذ يجعل العدالة عبارة عن الاستقامة الظاهريّة

المكاسب، ج۴، ص ۳۳۳

عليها الإنسان فى ظاهر حاله. فإن قلت: إن أراد أهل الملكة من كون حسن الظاهر طريقا، كونه طريقا يعتبر فيها إفادة الظنّ بالملكة أو عدم الظنّ بعدمها، فهو مخالف لظاهر الأخبار المتقدّمة بل صريح بعضها، مثل قوله: «إذا كان ظاهره ظاهرا مأمونا جازت شهادته و لا يسأل عن باطنه» «۱» فإنّه فى قوّة قوله:

«و لا يلتفت إلى باطنه» نظير قوله عليه السلام- فى لحوم أسواق المسلمين- : «كلّ و لا تسأل» «۲» و مثل قوله: «فظنّوا به كلّ خير» «۳» حيث إنّ الأمر بالظنّ- مع أنّه غير مقدور- راجع إلى ترتيب آثار الظنّ و إن لم يحصل هو. و قوله عليه السلام: «ظهرت عدالته» «۴» الظاهر فى وجوب التعبّد بعدالة ذلك الشخص. و قوله عليه السلام: «من لم تره بعينك يرتكب معصية [و لم يشهد عليه شاهدان] «۵» فهو من أهل العدالة و الستر» «۶» و غير ذلك. و إن أرادوا أنّه طريق تعبّدى بمعنى أنّه يحكم بجميع أحكام العدالة عند الاطّلاع على حسن الظاهر، فيكون حسن الظاهر عدلا شرعا- كما أنّ مستصحب العدالة عدل شرعا- انتفت الثمرة بين القولين، بل التحقيق أنّه لا تغاير بينهما، بناء على أن يراد من جعل العدالة «حسن الظاهر» كون حسن الظاهر عدالة شرعا، كما أنّ الحالة المسبوقة بالعدالة المشكوك فى زوالها عدالة شرعا، فقولهم: «العدل من كان معروفا بكذا» نظير قولهم: «المسلم من أظهر الشهادتين» فالمراد بالعدالة المفسّرة عندهم بحسن الظاهر هى العدالة الظاهريّة، لأنّها هى الّتى يترتّب عليها الآثار دون الواقعيّة مع قطع النظر عن تعلّق العلم بها، لأنّها لا- تفيد شيئا، بل يعامل معها معاملة عدمها. و الحاصل: أنّ أرباب القول بحسن الظاهر لا ينكرون كون العدالة هى الاستقامة الواقعيّة المسبّبة عن الملكة، أو مجرّد الاستقامة على طريق الحقّ من فعل الواجبات و ترك المحرّمات و لو من دون الملكة- على الاختلاف المتقدّم، المستفاد من كلمات الأصحاب- إلّا أنّهم جعلوا استقامة الظاهر طريقا تعبّديا إلى ذلك المعنى الواقعىّ بحيث كأنّها صارت موضوعا مستقلّا لا يلاحظ فيها الطريقيّة، و لا يلتفت إلى ذى الطريق، فيستحق إطلاق اسم ذى الطريق عليه، كما يظهر «۷» [من ملاحظة إطلاق] «۸» أسامى جميع الموضوعات الواقعيّة- كالملكية و الزوجيّة و الطهارة و النجاسة و القبلة و الوقت و غيرها- على مؤدّيات الطرق الظاهريّة، كالاستصحاب و أصالة الصحّة. قلت، أوّلا: إنّه سيجىء «۹» فى بيان طرق العدالة أنّه يعتبر فى حسن الظاهر إفادته الظنّ بالملكة، و أنّ ما ذكر من الأخبار لا ينهض على إثبات كونه من الطرق التعبّديّة الّتى لا يلاحظ فيها الظنّ بذى الطريق. و ثانيا: لو «۱۰» سلّمنا كونه طريقا تعبّديّا كذلك، لكن هذا لا يوجب تفسير «العدالة» بحسن الظاهر- كما هو ظاهر هذا القول- لأنّ مقتضى هذا التفسير عدم ملاحظة الملكة رأسا حتّى مع العلم بعدمها، فضلا عن صورة الظنّ به، و أين هذا من الطريقية؟. و بالجملة: فهذا القائل إن أراد أنّ «حسن الظاهر» هى العدالة الواقعيّة و لا واقع لها غيره، فهو غير معقول، لما عرفت «۱۱»

من اجتماعه مع الفسق الواقعىّ الّذى هو ضدّ العدالة. و إن أراد أنّ «حسن الظاهر» مع عدم الفسق الواقعىّ هى العدالة، و إن انتفت الملكة فى الواقع، فهو و إن كان معقولا، إلّا أنّه خلاف ظاهر ما دلّ على كون العدالة صفة نفسانيّة باطنيّة. و إن أراد أنّه طريق إليها، فإنّ أراد كونه طريقا تعبّديّا و لو مع الظنّ بعدم الملكة، فلا يساعد عليه ما ادّعى من الإطلاقات، فلا يتعدّى لأجلها عن مقتضى الأصل. و إن أراد أنّه طريق إليها مع إفادة الظنّ، فمرحبا بالوفاق. و إن تعدّى عن ذلك إلى صورة الشكّ، فللتأمّل فيه مجال، و الأقوى العدم. ثمّ إنّه يشكل جعل «حسن الظاهر» ضابطا للعدالة مع عدم إناطته بإفادة الظنّ بالملكة، من جهة أنّ مراتب الظهور مختلفة، لأنّ الظاهر و الباطن إضافيّان، فالظاهر لأهل البلد باطن بالنسبة إلى غيرهم، و الظاهر لأهل المحلّة باطن بالنسبة إلى باقى أهل البلد، و الظاهر للجيران باطن لباقى أهل المحلّة، و الظاهر لأهل البيت باطن للجيران، و الظاهر لزوجة الشخص باطن لغيرها، و قد يكون السلسلة بالعكس، فلا يظهر لزوجته ما يظهر لغيرها، و لا يظهر لأهل بلده ما يظهر لغيرهم. و الجواب عنها- بعد تسليم دلالتها و عدم ورودها مورد الغالب من حسن الظنّ «۱۲» بالملكة- معارضتها بما هو أخصّ منها ممّا دلّ على اعتبار الوثاقة بالأمانة و الورع فى الإمام و الشاهد، مثل قول الإمام عليه السلام- المحكىّ عنه فى الفقه الرضوى- : «لا- تصلّ إلّا خلف رجلين: أحدهما من تثق بدينه و ورعه و الآخر من تتّقى سيفه و سوطه» «۱۳»، و رواية أبى علىّ ابن راشد: «لا تصلّ إلّا خلف من تثق بدينه و أمانته» «۱۴» و قوله عليه السلام فى تفسير «۱۵» قوله تعالى

مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَداءِ «۱۶» «۱۷». فإن قلت: ما دلّ على كون «حسن الظاهر» طريقا تعبّديا إلى العدالـة حاكم على أمثال هذه، نظير أدلّة كون البيّنة طريقا تعبّديّا إليها، مع أنّهم لا يقولون بتقييد أدلّة البيّنة بصورة إفادة الوثوق بالواقع. قلت: التحقيق فى ذلك: أنّ ما دلّ من أخبار «حسن الظاهر» على كونه مجوّزا لقبول الشهادة- كرواية يونس «۱۸»- فهو معارض بأدلّة اعتبار الوثوق، و ليس من قبيل الحاكم عليها. و ما دلّ على أنّ العدالة تتحقّق به ظاهرا: ذيل صحيحة ابن أبى يعفور «۱۹»

و رواية علقمة «۲۰» و قوله عليه السلام: «من عامل الناس.. الخبر» «۲۱» و قوله عليه السلام: «من صلّى الخمس فى جماعة فظنّوا به كلّ خير» «۲۲». فهو و إن كان حاكما عليها. لكن يرد على الكلّ- بعد الإغماض عمّا تقدّم فى سندها و دلالتها- : أنّ هذه كلّها منصرفة إلى الغالب، و هى صورة إفادة الوثوق بالدين و الأمانة و الورع. مع أنّ هنا كلاما آخر، و هو أنّه يمكن أن يقال: إنّ ظاهر أدلّة اعتبار الوثوق و الورع اعتباره من باب الموضوعيّة لا من باب الطريقيّة و الكاشفيّة، فإذا كان كذلك فلا ينفع الطريق الغير المفيد للوثوق، و يخصّص به عموم كلّ ما دلّ على اعتبار طريق إلى العدالة و لو كانت بيّنة شرعيّة، فلا يعمل بها إلّا مع اعتبار الوثوق. لكن الإنصاف أنّ الوثوق إنّما اعتبر فى المقام من باب الطريقيّة، نظير اعتبار العلم فى كثير من الموضوعات.

[طرق إثبات كون المعصية كبيرة]

اشارة

ثمّ كون المعصية كبيرة يثبت بأمور:

الأوّل: النصّ المعتبر على أنها كبيرة

، كما ورد فى بعض المعاصى، و قد عدّ منها- فى الحسن كالصحيح المروىّ عن الرضا عليه السلام- من نيّف «۲۳» و ثلاثين، فإنّه كتب إلى المأمون: «من محض الإيمان: اجتناب الكبائر، و هى:

قتل النفس الّتى حرّم اللّه، و الزنا، و السرقة، و شرب الخمر، و عقوق الوالدين، و الفرار من الزحف، و أكل مال اليتيم ظلما، و أكل الميتة و الدم و لحم الخنزير،

المكاسب، ج۴، ص ۳۳۴

و ما أهلّ لغير اللّه به من غير ضرورة، و أكل الربا بعد البيّنة، و السحت، و الميسر و هو القمار «۱» و البخس فى المكيال و الميزان، و قذف المحصنات، و اللواط، و شهادة الزور، و اليأس من روح اللّه، و الأمن من مكر اللّه، و القنوط من رحمة اللّه، و معونة الظالمين و الركون إليهم، و اليمين الغموس، و حبس الحقوق من غير عسرة، و الكذب، و الكبر، و الإسراف و التبذير، و الخيانة، و الاستخفاف بالحجّ، و المحاربة لأولياء اللّه، و الاشتغال بالملاهى، و الإصرار على الذنوب» «۲».

الثانى: النصّ المعتبر على أنها ممّا أوجب اللّه عليها النار

- سواء أوعد فى الكتاب، أو أخبر النبى صلّى اللّه عليه و آله و سلم أو الإمام عليه السلام بأنّه ممّا يوجب النّار- لدلالة الصحاح المرويّة فى الكافى «۳» و غيرها على أنّها: ما أوجب اللّه عليه النار و لا ينافيه ما دلّ على أنّها ممّا «۴» أوعد اللّه عليه النار «۵» بناء على أنّ إيعاد اللّه إنّما هو فى كلامه المجيد، فهو مقيّد لإطلاق ما أوجب اللّه.

الثالث: النصّ فى الكتاب الكريم على ثبوت العقاب عليه بالخصوص

، لا-من حيث عموم المعصية، ليشمله قوله تعالى وَ مَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَ رَسُولَهُ فَإِنَّ لَهُ نارَ جَهَنَّمَ «۶». و نحو ذلك ما إذا كشف السنّة عن إيعاد اللّه تعالى، مثل قوله عليه السلام: «من قال في مؤمن ما رأت عيناه أو سمعت أذناه، فهو من الذين قال اللّه تعالى: الَّذِينَ يُحِبُّونَ أَنْ تَشِيعَ الْفاحِشَةُ.. إلخ «۷» «۸». و الدليل على ثبوت الكبيرة بما ذكر في هذا الوجه صحيحة عبد العظيم ابن عبد اللّه الحسني المرويّة في الكافي- عن أبي جعفر الثاني، عن أبيه، عن جدّه عليه السلام يقول: دخل عمرو بن عبيد على أبي عبد اللّه عليه السلام فلمّا سلّم و جلس تلا هذه الآية الَّذِينَ يَجْتَنِبُونَ كَبائِرَ الْإِثْمِ وَ الْفَواحِشَ «۹» ثمّ أمسك، فقال له أبو عبد اللّه عليه السلام: ما أمسكك؟ قال: أحبّ أن أعرف الكبائر من كتاب اللّه عزّ و جلّ فقال عليه السلام: نعم يا عمرو، أكبر الكبائر:

الإشراك باللّه، يقول اللّه: مَنْ يُشْرِكْ بِاللَّهِ فَقَدْ حَرَّمَ اللَّهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ «۱۰» و بعده اليأس من روح اللّه، لأنّ اللّه تعالى يقول لا يَيْأَسُ مِنْ رَوْحِ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْكافِرُونَ «۱۱»

ثمّ الأمن من مكر اللّه، لأنّ اللّه عزّ و جلّ يقول فَلا يَأْمَنُ مَكْرَ اللَّهِ إِلَّا الْقَوْمُ الْخاسِرُونَ «۱۲» و منها عقوق الوالدين، لأنّ اللّه تعالى جعل العاقّ جبّارا شقيّا في قوله تعالى وَ بَرًّا بِوالِدَتِي وَ لَمْ يَجْعَلْنِي جَبَّاراً شَقِيًّا «۱۳» و قتل النفس الّتي حرّم اللّه إلّا بالحقّ، لأنّ اللّه تعالى يقول فَجَزاؤُهُ جَهَنَّمُ خالِداً فِيها. «۱۴» (الآية) و قذف المحصنة، لأنّ اللّه تعالى يقول لُعِنُوا فِي الدُّنْيا وَ الْآخِرَةِ وَ لَهُمْ عَذابٌ عَظِيمٌ «۱۵» و أكل مال اليتيم، لأنّ اللّه تعالى يقول الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوالَ الْيَتامى ظُلْماً إِنَّما يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ ناراً وَ سَيَصْلَوْنَ سَعِيراً «۱۶» و الفرار من الزحف، لأنّ اللّه تعالى يقول وَ مَنْ يُوَلِّهِمْ يَوْمَئِذٍ دُبُرَهُ إِلَّا مُتَحَرِّفاً لِقِتالٍ أَوْ مُتَحَيِّزاً إِلى فِئَةٍ فَقَدْ باءَ بِغَضَبٍ مِنَ اللَّهِ وَ مَأْواهُ جَهَنَّمُ وَ بِئْسَ الْمَصِيرُ «۱۷»، و أكل الربا، لأنّ اللّه تعالى يقول الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبا لا يَقُومُونَ إِلَّا كَما يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطانُ مِنَ الْمَسِّ «۱۸» و السحر، لأنّ اللّه عزّ و جلّ يقول وَ لَقَدْ عَلِمُوا لَمَنِ اشْتَراهُ ما لَهُ فِي الْآخِرَةِ مِنْ خَلاقٍ «۱۹» و الزنا لأنّ اللّه تعالى يقول وَ مَنْ يَفْعَلْ ذلِكَ يَلْقَ أَثاماً. يُضاعَفْ لَهُ الْعَذابُ يَوْمَ الْقِيامَةِ وَ يَخْلُدْ فِيهِ مُهاناً «۲۰» و اليمين الغموس الفاجرة، لأنّ اللّه تعالى يقول الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَ أَيْمانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلًا أُولئِكَ لا خَلاقَ لَهُمْ فِي الْآخِرَةِ «۲۱»

و الغلول، لأنّ اللّه عزّ و جلّ يقول وَ مَنْ يَغْلُلْ يَأْتِ بِما غَلَّ يَوْمَ الْقِيامَةِ «۲۲» و منع الزكاة المفروضة، لأنّ اللّه عزّ و جلّ يقول فَتُكْوى بِها جِباهُهُمْ وَ جُنُوبُهُمْ وَ ظُهُورُهُمْ «۲۳» و شهادة الزور و كتمان الشهادة، لأنّ اللّه عزّ و جلّ يقول وَ مَنْ يَكْتُمْها فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ «۲۴» و شرب الخمر، لأنّ اللّه عزّ و جلّ نهى عنه كما نهى عن عبادة الأوثان، و ترك الصلاة متعمّدا و شيئا ممّا فرضه اللّه، لأنّ رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلم قال: «من ترك الصلاة متعمّدا فقد بريء من ذمّة اللّه و ذمّة رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلم» و نقض العهد و قطيعة الرحم، لأنّ اللّه تعالى يقول أُولئِكَ لَهُمُ اللَّعْنَةُ وَ لَهُمْ سُوءُ الدَّارِ «۲۵». قال: فخرج عمرو و له صراخ من بكائه، و هو يقول: هلك من قال برأيه و نازعكم في الفضل و العلم «۲۶».

الرابع: دلالة العقل و النقل على أشدّيّة معصيته ممّا ثبت كونها من الكبيرة أو مساواتها

، كما في قوله تعالى وَ الْفِتْنَةُ أَكْبَرُ مِنَ الْقَتْلِ «۲۷»، و في الكذب: «شرّ من الشراب» «۲۸»

و كما ورد أنّ: «الغيبة أشدّ من الزنا» «۲۹» و مثل حبس المحصنة للزنا، فإنّه أشدّ من القذف بحكم العقل، و مثل إعلام الكفّار بما يوجب غلبتهم على المسلمين، فإنّه أشدّ من الفرار من الزحف.

الخامس: أن يرد النصّ بعدم قبول شهادة عليه

، كما ورد النهي عن الصلاة خلف العاقّ لوالديه «۳۰».

ثمّ لا إشكال في أنّ الإصرار على الصغيرة من الكبائر، و يدلّ عليه- قبل الإجماع المحكيّ عن التحرير «۳۱» و غيره- «۳۲» النصوص

الواردة: منها: أنّه «لا صغيرة مع الإصرار و لا كبيرة مع الاستغفار» «۳۳» فإنّ النفى فى الصغيرة راجع إلى خصوص وصف الصغريّة و إن كـان فى الكـبيرة راجعا إلى نفى ذاتهـا حكمـاً. و منهـا: مـا عن البحـار عن تحـف العقول عن أبى جعفر عليه السـلام فى حـديث: «أنّ الإصرار على الذنب أمن من مكر اللَّه، و لا يأمن مكر اللَّه إلّا القوم الخاسرون» «۳۴» «۳۵» بضميمة ما ورد من أنّ الأمن من مكر اللَّه من الكبائر» «۳۶». و منها: ما رواه فى العيون «۳۷» بسنده الحسن- كالصحيح- إلى الفضل بن شاذان، حيث عدّ الكبائر، و عدّ منها: الإصرار على صـغار الذنوب. [و فى رواية الأعمش- المحكيّة عن الخصال- عدّ منها: الإصرار على صغائر الذنوب «۳۸»] «۳۹» إنّما الإشكال فى معنى «الإصـرار» و الظاهر بقاؤه على معناه اللغوىّ العرفىّ، أعنى الإقامة و المداومة عليه و ملازمته، و لا إشـكال فى أنّ العاصى إذا تاب عن معصـيته السابقة ثمّ أوقع معصـية أخرى لم يصدق عليه «الإصـرار» و لو فعل ذلك مرارا، و إليه ينظر قوله عليه السـلام: «ما أصرّ من استغفر» «۴۰» و كذا فحوى: «لا كبيرة مع الاسـتغفار» «۴۱» فيشترط فى صدق «الإصـرار» عدم التوبة عن المعصـية السابقة. ثمّ إنّه إمّا أن يعزم على غيره مع فعله أولا- معه، و إمّا أن لا- يعزم عليه، و على الثانى إمّا أن يفعل الغير، و إمّا أن لا يفعله و حكم الجميع أنّه إن كان عازما على العود، فالظاهر صدق «الإصـرار» عرفا و إن لم يعد إليها. و يؤيّده مفهوم قوله: «ما أصـرّ من اسـتغفر» «۴۲» و قوله عليه السلام فى تفسير قوله تعالى وَ لَمْ يُصِرُّوا «۴۳»: «الإصرار أن يحدث الذنب فلا يستغفر اللَّه» «۴۴». و قد عدّ عليه السلام فى حديث جنود العقل و الجهل منها: «التوبة»، و جعل ضدّها: «الإصرار» «۴۵»

بنـاء على أنّ ظاهر السـياق كونهما ممّا لا ثالث [لهما]، فتأمّل. و فى حسـنة ابن أبى عمير، عن أبى الحسن الكاظم عليه السـلام: «قال: لا يخلّد اللَّه فى النار إلّا أهل الكفر و الجحود و الضلال و الشرك، و من اجتنب الكبائر من المؤمنين لم يسأل عن الصغائر، قال اللَّه تعالى إِنْ تَجْتَنِبُوا كَبائِرَ ما تُنْهَوْنَ عَنْهُ نُكَفِّرْ عَنْكُمْ سَيِّئاتِكُمْ وَ نُدْخِلْكُمْ مُدْخَلًا كَرِيماً «۴۶» قلت: يا ابن

المكاسب، ج‌۴، ص ۳۳۵

رسول اللَّه صـلّى اللَّه عليه و آله و سـلم فالشـفاعة لمن تجب من المؤمنين؟ قال: حدّثنى أبى، عن آبائه، عن على عليه السّـلام قال: قال رسول اللَّه صـلّى اللَّه عليه و آله و سـلم: إنّما شفاعتى لأهل الكبائر، و أمّا المحسنون فما عليهم من سبيل. قال ابن أبى عمير: قلت يا ابن رسول اللَّه صـلّى اللَّه عليه و آله و سـلم فكيف يكون «۱» الشـفاعة لأهل الكبائر و اللَّه تعالى يقول وَ لا يَشْـفَعُونَ إِلَّا لِمَنِ ارْتَضى «۲». و من ارتكب الكبـائر فليس بمرتضـى؟! قال: يا أبا أحمـد ما من مؤمن يرتكب ذنبا إلّا ساءه ذلك و نـدم عليه، و قـد قال النبىّ صـلّى اللَّه عليه و آله و سـلم: «كفى بالندم توبة» و قال عليه السلام: «من سرّت حسنة و ساءته سيّئة «۳» فهو مؤمن» فمن لم يندم على ذنب يرتكبه فليس بمؤمن، فلم يجب له الشـفاعة و كـان ظالما، و اللَّه تعالى يقول ما لِلظَّالِمِينَ مِنْ حَمِيمٍ وَ لا شَـفِيعٍ يُطاعُ «۴». قلت: فكيف لا يكون مؤمنا من لم يندم على ذنب يرتكبه؟ فقال: يا أبا أحمد ما من أحد يرتكب كبيرة من المعاصى و هو يعلم أنّه سيعاقب عليها، إلّا أنّه ندم على ما ارتكب، و متى نـدم كان تائبا مستحقّا للشـفاعة، و من لم يندم عليها كان مصرّا، و المصـرّ لا يغفر له، لأنّه غير مؤمن لعقوبة ما ارتكب، و لو كان مؤمنا بالعقوبة لندم، و قد قال النبىّ صـلّى اللَّه عليه و آله و سـلم: «لا كبيرة مع الاسـتغفار، و لا صغيرة مع الإصرار» و أمّا قوله: «و لا يَشْـفَعُونَ إِلَّا لمن ارتضـى» [فإنّهم لا يشفعون إلّا لمن ارتضى] «۵» اللَّه دينه، و الدين: الإقرار بالحسـنات و السيّئات، فمن ارتضـى دينه ندم على ما ارتكبه من الذنوب لمعرفته بعاقبته فى القيامة.. الخبر» «۶». و مورده و إن كـان فى الكبائر، إلّا أنّ ظاهره أنّه لا فرق بينها و بين غيرها فى تحقّق «الإصـرار» بعـدم الندم. ثمّ إنّ عدم الندم و إن جامع عدم العزم على المعصـية- كما لو تردّد فيها أو لم يلتفت إليها- إلّا أنّ هذه الصورة خارجة عمّا ذكر سابقا من قوله: «من اجتنب الكبائر لم يسأل عن الصغائر» يعنى إذا لم يكفّرها بتوبة أو عمـل صالـح آخر غير اجتناب الكبائر. ثمّ الظاهر أنّه لا فرق فيما ذكر بين أن يكون العزم على العود حال ارتكاب المعصـية الأولى، أو بعـدها قبل التوبـة. و إن كان عازما على غيره، فإن كان العزم على الغير من زمان ارتكاب الأولى، فالظاهر أيضا صدق «الإصـرار» و إن كان بعده قبل التوبة، فمقتضى الأخبار المتقدّمة صدقه لكن العرف يأباه.

و إن لم يكن عازما على الغير، فإن لم يحصل العود فلا إشكال، و إن حصل العود، فإن لم يبلغ حدّ الإكثار فلا إشكال فى العدم، و إن

حصل الإكثار على وجه يصدق الإصرار عرفا فلا إشكال أيضا. فالحاصل: أنّ الإصرار يصدق بالعزم على العود إلى مطلق المعصية إذا كان العزم مستمرّا من زمان الفعل السابق. و إذا حدث بعد الفعل اعتبر اتّحاد المعصية. و قد لا يصدق إلّا بالفعل، و هو ما إذا تحقّق الإكثار على وجه يوجب الصدق عرفا، و ما يدلّ «٧» على عدم العدالة مع عموم قوله: «عن الرجل تقارف «٨» الذنوب و هو عارف بهذا الأمر أصلّى خلفه أم لا؟ قال: لا» «٩» و نحوه. و أمّا العزم المجرّد، فالظاهر عدم تحقّق «الإصرار» بمجرّده و إن أصرّ عليه، لأنّ هذا إصرار على العزم لا على المعصية، إلّا إذا قلنا إنّ العزم على المعصية معصية، و للكلام فيه محلّ آخر. ثمّ أنّه قد يشكل الأمر بناء على القول بوجوب التوبة مطلقا، من جهة أنّ المعصية لا تنفكّ عن الإصرار، لأنّه إذا ترك التوبة عن الصغيرة فقد أخلّ بواجب آخر و هى التوبة، و حيث إنّها فوريّة ففى أدنى زمان «١٠» يتحقّق الإصرار- كما لا يخفى- ، فيكون الثمرة بين القول بثبوت الصغائر و القول بكون المعاصى كلّها كبائر منتفية أو فى غاية القلّة، مثل ما إذا فعل صغيرة فنسيها أن يتوب عنها، و نحو ذلك. و قد أجاب بعض السادة المعاصرين بمنع وجوب التوبة عن المعاصى مطلقا، بل هو مختصّ بالكبائر، و أمّا الصغائر فمكفّرة «١١» باجتناب الكبائر و بالأعمال الصالحة.

و هو لا يخلو عن نظر، لعموم أدلّة وجوب التوبة، كما سيجىء «١٢» و أدلّة تكفير الأعمال الصالحة لو صلحت، دالّة على عدم وجوب التوبة، و «١٣» لم يفرّق بين الصغائر و الكبائر، لعموم كثير من أدلّة التكفير بل صراحة بعضها فى الكبائر، كما لا يخفى، مع أنّ تكفيرها بالأعمال الصالحة لا ينافى وجوب التوبة عنها. و به يظهر الجواب عن دعوى تكفير الصغائر باجتناب الكبائر، غاية الأمر تسليم سقوط وجوب التوبة إذا اجتنب الكبائر قربة إلى اللّه تعالى بعد ارتكاب الصغائر أو عمل بعض الطاعات المكفّرة، لكن التوبة أسبق من الكلّ، لأنّها تحقّق فى زمان متّصل بالمعصية لا يمكن فيه تحقّق غيرها غالبا، و المفروض أنّ القائلين بانقسام المعاصى لم يقولوا بتحقّق الإصرار الموجب للفسق بصدور الصغيرة و إن لم يتب عنها، و لم يمتثل اجتناب الكبائر- بل تركها، لعدم التمكّن عنها- و لم يعمل طاعة مكفّرة.

و الحاصل: أنّ عدم وجوب التوبة إمّا لعدم الدليل عليه و عدم المقتضى لها- و إن بقى الذنب غير مكفّر- و إمّا لأنّ غيرها قد يقوم مقامها فى التكفير. و الأوّل مردود بعموم الأدلّة، كما سيجىء «١۴» و الثانى- مع أنّه خلاف إطلاق الشارع من عدم كون الصغيرة مفضية إلى الكبيرة و إن لم يتب عنها و لم يعمل مكفّرا آخر- لا ينافى وجوب التوبة ما لم يكفّر الذنب بمكفّر آخر غيرها. و لا يجوز أن يكون الوجوب تخييريّا بين التوبة و اجتناب الكبائر و الأعمال المكفّرة، كما لا يخفى. فالتحقيق فى الجواب: دعوى كون وجوب التوبة وجوبا عقليّا محضا، بمعنى كونه للإرشاد، و إن أمر بها الشارع أيضا فى الكتاب و السنّة، لكن أوامرها إرشاديّة لرفع مفسدة المعصية السابقة، و لا يترتّب على تركها عقاب آخر. و بعبارة اخرى: إنّما وجبت التوبة للتخلّص عن المعصية السابقة، و وجوب التخلّص عن المعصية ليس واجبا شرعيّا يترتّب على تركه «١۵» عقاب آخر غير العقاب الّذى لم يتخلّص منه، فهى من قبيل معالجة المريض الّتى أمر بها الطبيب، فلا يترتّب على مخالفتها أمر سوى ما يقتضيه نفس ترك المأمور به مع قطع النظر عن الأمر، فإنّا لا نعنى بالأمر الإرشادى إلّا ما لا يترتّب على مخالفته سوى ما يقتضيه نفس ترك المأمور به مع قطع النظر عن تعلّق الأمر، و لا على موافقته إلّا ما يقتضيه فعله كذلك و ليس من قبيل الأوامر التعبّديّة الّتى أمر بها السيّد عبده فى مقام الاستعلاء و التعبّد، ليترتّب على موافقته ثواب الإطاعة زائدا [عمّا يقتضيه نفس المأمور به مع قطع النظر عن الأمر، و على مخالفته عقاب زائدا] «١۶» عمّا يقتضيه نفس ترك المأمور به كذلك، و سيجىء فى مقام التعرّض لحكم التوبة ما يوضح ذلك. فترك التوبة ليس من المعاصى الّتى توجب العقاب، و لا يدخل فى المعاصى الشرعيّة المنقسمة إلى صغيرة و كبيرة، و إن كان قبح تركها- من حيث إنّه إقامة على العقاب و بقاء عليه- قد يصل إلى حدّ قبح الكبيرة، و قد لا يصل إليه بحسب قبح المعصية الّتى بقى عليها.

خاتمة

فی التوبة

و الکلام تارة فی حقیقتها، و اخری فی حکم إیجادها، و ثالثة فی حکمها بعد الوجود. أمّا حقیقتها: فهی الرجوع إلی
المکاسب، ج۴، ص ۳۳۶
اللَّه بعد الإعراض عنه، أو الرجوع إلی صراط اللَّه المستقیم بعد الانحراف عنه، و هو یتوقّف علی الیقین بکون البعد عن اللَّه تعالی و الانحراف عن سبیل التوجّه إلیه خسرانا لا یعدّ ما عداه خسرانا، فبعد ذلک یحدث للنفس بحسب مرتبة ذلک الیقین تألّم نفسانیّ یناسب تلک المرتبة فی الشدّة و الضعف، و یعبّر عنه ب «الندم».

و هل یعتبر فیها العزم علی عدم العود؟ ظاهر الأکثر: نعم، و قیل: لا. و الأقوی: أنّه إن کان المراد بالعزم: «القصد الّذی لا یتحقّق إلّا بعد الوثوق بحصول ما عزم علیه» فاعتباره ممّا لا دلیل علیه، و أنّه یستلزم امتناع التوبة ممّن لا یثق من نفسه بترک المعصیة عند الابتلاء بها، کسیّء الخلق الّذی لا یثق من نفسه و لا یأمن من وقوعه مکرّرا فی شتم من یتعرّض له [بما لا یوجب جواز شتمه] «۱» و کالجبان الّذی لا یأمن وقوعه فی الفرار عن الزحف، و نحو ذلک. فبقی إطلاق مثل قوله صلّی اللَّه علیه و آله و سلم: «کفی بالنّدم توبة» «۲»

و قوله علیه السلام: «إن کان الندم من الذنب توبة فأنا أندم النادمین» «۳» سلیما عن المقیّد. و إن أرید: «تحقّق إرادته بعدم عوده إلی المعصیة و إن لم یثق بحصول مراده» فهو ممّا لا ینفکّ عن الندم. و هل یعتبر فیها الاستغفار أم لا؟ التحقیق: أنّه إن أرید به: «حبّ المغفرة و شوق النفس إلی أن یغفر له اللَّه» فالظاهر أنّه لا ینفکّ عن الندم.

و إن أرید به «الدعاء للمغفرة» الّذی هو نوع من الطلب الإنشائی، ففی اعتباره وجهان: من إطلاقات الندم «۴»، و من مثل قوله صلّی اللَّه علیه و آله و سلم: «لا کبیرة مع الاستغفار» «۵» و قوله: «دواء الذنوب الاستغفار» «۶» و قوله: «ما أصرّ من استغفر» «۷» و نحو ذلک. ثمّ إنّ ظاهر بعض الآیات و الروایات مغایرة التوبة للاستغفار، ففی غیر موضع من سورة هود «اسْتَغْفِرُوا رَبَّکُمْ ثُمَّ تُوبُوا إِلَیْهِ» «۸» و عدّهما جندین من جنود العقل فی الحدیث المشهور فی تعداد جنود العقل و الجهل المرویّ فی أوّل أصول الکافی، حیث قال علیه السلام: «التوبة و ضدّها الإصرار و الاستغفار و ضدّها الاغترار» «۹» و قوله علیه السلام فی المناجات الاولی من الأدعیة الخمسة عشر: «إلهی إن کان الندم توبة إلیک فأنا أندم النادمین و إن یکن الاستغفار حطّة للذنوب فإنّی لک من المستغفرین» «۱۰». و یؤیّد ذلک ظاهر العطف فی الاستغفار المشهور المکرّر فی الأدعیة و الألسنة: «أستغفر اللَّه ربّی و أتوب إلیه». و ممّا یظهر منه الاتّحاد: الجمع بین ما دلّ علی أنّ «دواء الذنوب الاستغفار» «۱۱» و أنّ «التائب من الذنب یغفر له و أنّه کمن لا ذنب له» «۱۲» و یؤیّده غیر ذلک من الأخبار الّتی یظهر للمتتبّع. و یمکن حمل التوبة المعطوفة علی الاستغفار فی الآیات و الأخبار علی الإنابة، أعنی التوجّه إلی اللَّه بعد طلب العفو عمّا سلف، و هذا متأخّر من التوجّه إلیه لطلب العفو الّذی هو متأخّر عن الندم الّذی هو توجّه أیضا إلی اللَّه، لکونه رجوعا من طریق البطلان و عودة إلی سلوک الطریق المستقیم الموصل إلی جناب الحقّ، فهی کلّها توجّهات و إقبالات إلی الحقّ یمکن إطلاق التوبة الّتی هی لغة «الرجوع» علی کلّ منها. و قد یطلق علی المجموع اسم «الاستغفار» کما فی الخبر المشهور المرویّ فی نهج البلاغة [عن مولانا سیّد الوصیّین] «۱۳» فی تفسیر الاستغفار فی إرشاد من قال «أستغفر اللَّه ربّی و أتوب إلیه» بقوله علیه السلام فی مقام التأدیب: «ثکلتک أمّک! أ تدری ما الاستغفار؟» ثمّ فسره بما یجمع أمورا ستّة: الندم علی ما مضی، و العزم علی الترک فی المستقبل، و قضاء الحقوق الفوتیة «۱۴»، و تحلیل القوی الحاصلة من الخوض فی الشبهات «۱۵» المحرّمة، و أذاقه النفس مرارة الطاعة کما أذاقها حلاوة المعصیة» «۱۶». و أمّا حکم إیجادها: فهو الوجوب مطلقا عن الصغائر و الکبائر، و یدلّ علیه من الکتاب قوله تعالی تُوبُوا إِلَی اللَّهِ تَوْبَةً نَصُوحاً عَسی رَبُّکُمْ أَنْ یُکَفِّرَ عَنْکُمْ سَیِّئاتِکُمْ «۱۷» و قوله جلّ ذکره وَ تُوبُوا إِلَی اللَّهِ جَمِیعاً أَیُّهَا الْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّکُمْ تُفْلِحُونَ «۱۸». و من السنّة ما لا یحصی کثرة «۱۹». و أمّا الإجماع: فقد ادّعاه غیر واحد، کصاحب الذخیرة «۲۰»، و شارح أصول الکافی، بل ادّعی هو إجماع الأمّة علیه «۲۱». و أمّا العقل: فالظاهر أنّه حکم بوجوبه عقلا- کلّ من قال بالحسن و القبح العقلیّین، و استدلّ علیه أفضل

المحقّقين فى تجريده بأنّه دافع للضرر فيجب «۲۲»، و اعترف به شارح التجريد بناء على مذهب العدليّة «۲۳».

[إثبات العدالة بالشهادة]

ثمّ إنّ الكلام فى إثبات العدالـة بالشـهادة بعد القطع بأنّها تثبت بها فى الجملة، يقع فى مقامات: الأوّل: أنّها هل تثبت بالشـهادة الفعليّة- بمعنى أن يفعل العـدلان فعلا يدلّ و يشـهد على عدالته، كأن يصـلّيا وراءه مع انتفاء احتمال الضـرورة- أم لا؟ وجهان: جزم بالأوّل فى الدروس «۲۴»، و لعلّه لعموم مـا دلّ على وجوب تصـديق العـادل بـل المؤمن، الشامل لتصـديق قوله و فعله، فإنّ الفعل كالقول منبئ و مخبر عمّا فى ضـمير الفاعـل فيتّصف بالصـدق و الكـذب، مثـل قوله تعـالى يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَ يُؤْمِنُ لِلْمُؤْمِنِينَ «۲۵». و مـا دلّ على وجـوب تصديق المؤمن «۲۶» و إن انصـرف كـلّ ذلـك إلى القول، إلّا أنّ إرادة تصـديقه فى مطلق مـا يـدلّك و ينبّئك عليه و يرشـدك إليه واضـح، فاحتمال تـدليسه فى فعله كاحتمال خطائه فى اعتقاده أو صدور الفعل عنه لداع، مندفع بما يندفع به هذه الاحتمالات المتطرّقة فى خبره. نعم لو كان فاسـقا لم يقبل منه، لورود الأمر بالتثبّت فى خبره. و حمل نفس فعل الفاسق على الصـحّة إنّما هو من حيث نفس فعله، لا من حيث إنّه فعل له، فإنّ الفاسق إذا صلّى خلف شخص صلاة الاستيجار استحقّ الأجرة، و لا يلتفت إلى احتمال فسق إمامه، و أمّا من حيث مـدلول فعله فهو كمدلول قوله فى عدم العمل به، مع أنّ نفس القول الصادر منه من حيث إنّه فعل يحمل على الصّحّة، و لا يلتفت إلى احتمال كونها معصية من جهة كونها شهادة زور. و إلى ما ذكرنا- من أنّ الفعل فى دلالته كالقول، و أنّه يقبل مع العدالة و يردّ مع الفسق- ينظر كلام غير واحد من فقهائنا، منهم العلّامة رحمه اللَّه- فيما حكى عنه فى نهج الحقّ- حيث قال فى مقام الردّ على العامّـة القائلين بجواز الاقتداء بالفاسق، ما هذا لفظه: و قال اللَّه تعالى إِنْ جاءَكُمْ فاسِقٌ.. إلخ «۲۷» أوجب التثبّت عند خبر الفاسق، و من جملته الطهارة الّتى هى من شروط الصلاة (انتهى) «۲۸». و ظاهره أنّ تصدّيه للصلاة إخبار منه باستجماعه للشرائط الّتى منها الطهارة، و حيث فرض فاسقا فلا تعويل على ما يظهر لنا و يدلّ عليه بأفعاله. و لا ينافى ذلك الحكم بصحّة صلاته من حيث إنّه فعله، حتّى يستحقّ ما يستحقّه بالصلاة الصحيحة من الأجرة لو كانت بإجارة، و حصول «۲۹» القبض بها إذا وقعت «۳۰» فى أرض موقوفة جعلت مسجدا و نحو ذلـك. و يؤيّـد مـا ذكرنـا أنّه لم يتأمّل أحـد فى العمـل بتعـديلات أهـل الرجال المكتوبـة فى كتبهم، من أجل أنّ الخبر و النبإ لا يصـدق على الكتابـة، مع ذهاب أكثرهم إلى أنّ التعـديلات من باب الشـهادة، و لا فى العمل بالأخبار المودعـة فى كتب الحـديث من دون سماعها مشافهة عن المحدّث، و قد شاع

المكاسب، ج۴، ص ۳۳۷

منهم الاسـتدلال على ذلك بأدلّـة حجيّـة الخبر و النبإ، و يعتبرون العدالـة فى من جمع الروايات فى كتابه من جهـة آيـة النبإ و نحوه. و دعوى: أنّ العمـل بهـا باعتبار تلفّظ المؤلّف بها و نقلها مشافهـة لمن كان أخـذ منه الحـديث، تكلّف ضـعيف. و من هنا يعلم أنّ اعتبار التلفظ و عـدم كفايـة الكتابة فى البيّنة على الدعاوى إنّما هو لدليل خارج، لا لأنّ أدلّة النبإ لا تشـمل ذلك، فهو كاعتبار عدم الواسـطة فى الشـهادة إلّا مع تعـذّر شـهادة الأصل، فيكتفى بشـهادة الفرع فى بعض المقامات بشـرط وحـدة الواسطة. هذا، و لكن الاعتماد على ذلك إذا لم يفد الوثوق بالعدالة فى غاية الإشكال، لفقد ما يطمئن به النفس من الدليل عليه تعبّدا. و ما ذكر فى عبارة العلّامة و الشهيد لا يـدلّ على أنّ فعل العادل معتبر فى دلالته نظير اعتبار قوله، فلعلّ مرادهما أنّ الفاسق لا يقبل خبره إذا صـرّح به، فكيف يقبل إذا ظهر مطلبه من فعله؟ فـإنّ فعله ليس بأقوى من قوله فى الحجيّـة، فالمراد أنّ فعل الفاسق كقوله الصـريح غير مقبول، لا أنّ فعل العادل مقبول كقوله. ثمّ إنّ هذا كلّه بعد فرض ثبوت قاعدة أخرى، و هى أنّ كلّ طريق يجوز للإنسان أن يعمل عليه كالاستصـحاب، و البيّنة، و قول العدل، و غيرها يجوز له أن يستند إليه فى الشهادة و يشهد بمؤدّاه، كما يظهر هذه الكلّية من رواية حفص ابن غياث- الواردة فى جواز الشهادة بالملك استنادا إلى اليد «۱»- أمّا لو لم تثبت هذه الكلّيـة- كما هو ظاهر المشـهور- فلا إشـكال فى أنّ صلاة عدلين لا توجب الحكم بالعدالة ما لم يفد الوثوق. و أمّا الشـهادة القوليّة: و هى شـهادة عدلين بعدالته، فالظاهر أنّه لا إشكال، بل لا خلاف فى اعتبارها،

و يدلّ عليه- مضافا إلى ما يظهر من عموم حجّيّة شهادة العدلين- ما ورد من فعل النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم حيث كان يبعث رجلين من أصحابه لتزكية الشهود المجهولين فيعمل بقولهما جرحا و تعديلا «۲»، و ما دلّ على قبول شهادة القابلة إذا سئل عنها فعدّلت «۳»، و فحوى ما دلّ على اعتبارها في الجرح، مثل قوله عليه السلام: «من لم تره بعينك يرتكب معصية و لم يشهد عليه شاهدان، فهو من أهل الستر و العدالة» «۴». و هل هي معتبرة تعبّدا حتّى لو كان الظنّ على خلافها؟ أو يشترط عدم الظنّ على خلافها؟ أو يشترط إفادتها الظنّ؟ وجوه مبتنية على ملاحظة إطلاق أدلّة اعتبارها، و انصرافها إلى صورة إفادة الظنّ، أو صورة عدم الظنّ على الخلاف. و يمكن أن يفصّل بين ما إذا كان احتمال كذبه مستندا إلى تعمّد كذبه فلا اعتبار به و لو كان مظنونا، لأنّ الظاهر من أدلّة تصديق العادل بل المؤمن، نفي تعمّد الكذب عنه مطلقا حتّى مع الظنّ، كما يدلّ عليه قوله عليه السلام: «كذّب سمعك و بصرك عن أخيك» «۵» و بين ما إذا كان مستندا إلى خطائه و اشتباهه، فالظاهر اعتبار كونه موهوما «۶»، لأنّ ظاهر أدلّة حجّيّة الخبر- خصوصا آية النبإ «۷» المفصّل بين العادل و الفاسق- عدم الاعتناء باحتمال تعمّد كذبه، و أمّا عدم الاعتناء باحتمال خطئه و اشتباهه، فهو ممّا ينفيه ظاهر حال المخبر المعتبر. عند كافة العقلاء إذا كان المخبر به من المحسوسات، أو من غيرها، النازل في ندرة الخطأ و الاشتباه منزلة المحسوسات و لو عند المخبر، لكونه من أهل الخبرة و الاطّلاع بالنسبة إلى مضمون الخبر. لكن مقتضى هذا التفصيل وجوب قبول خبر الفاسق إذا علمنا عدم تعمّد كذبه، و كان احتمال المخالفة للواقع من جهة احتمال خطائه في الحسّ سهوا أو اشتباها. و لعلّ ظاهر كلماتهم يأباه، إلّا أنّ القول به متعيّن، بناء على كون مستند اعتبار خبر العادل و ردّ الفاسق آية النبإ مفهوما و منطوقا، إلّا أن يقوم الإجماع في بعض المقامات، كما بيّناه في مسألة حجّية الإجماع المنقول. بقي الكلام في أنّ مطلق الظنّ بالعدالة هل هو معتبر أم لا؟ وجهان، بل قولان، ظاهر من حصر طريقها بالمعاشرة و الشياع و الشهادة هو الثاني، و صريح بعض المعاصرين هو الأوّل. و يمكن التفصيل بين الظنّ القويّ الموجب للوثوق، و بين غيره، و هو الأقوى. و يشهد للأوّل انسداد باب العلم بالعدالة و عدم جواز الرجوع في جميع موارد الجهل بها إلى أصالة عدمها، و إلّا لبطل أكثر الحقوق، بل ما قام للمسلمين سوق، فتعيّن الرجوع فيها إلى الظنّ، كما في نظائره من الموضوعات بل أكثر الأحكام الشرعيّة عند القائل بعدم وفاء الظنون المعتبرة بالخصوص بأكثر الأحكام. و يمكن الإيراد عليه أوّلا: بإمكان الاقتصار فيها على خصوص الظنّ الّذي دلّ النصّ و الإجماع على اعتباره، كالمعاشرة و شهادة

العدلين و الشياع، كما اقتصر عليه كلّ من حصر الطريق في هذه الثلاثة، أو أضاف إليها «اقتداء العدلين» أو «شهادة العدل» في تزكية الإمام و الراوي. و ثانيا: أنّ الانسداد إنّما يوجب العمل بالظنّ في الجملة، فيجب الاقتصار على الظنّ القويّ المعبّر عنه عرفا ب «الوثوق» و «الأمن» مع إمكان استفادة حجّيّة هذه المرتبة من النصوص، مثل قوله عليه السلام: «لا تصلّ إلّا خلف من تثق بدينه و ورعه» «۸» و قوله عليه السلام: «إذا كان ظاهره ظاهرا مأمونا جازت «۹» شهادته» «۱۰» و قوله عليه السلام: «من عامل الناس فلم يظلمهم..» «۱۱»

و هو المتيقّن من جميع الإطلاقات الدالّة على حسن الظاهر، بل كفاية عدم العمل بالفسق. فإن قلت: إنّ هذه الإطلاقات تدلّ على اعتبار مطلق الظنّ، بناء على أنّ المتيقّن من الخروج عن إطلاقها هي صورة عدم حصول الظنّ، فيبقى الباقي، هذا مضافا إلى قوله عليه السلام- فيما حكى عن الفقيه- : «من صلّى الخمس في جماعة فظنّوا به كلّ خير» «۱۲» و في رواية: «فظنّوا به خيرا و أجيزوا شهادته» «۱۳» حيث إنّ الأمر بالظنّ لا يعقل، لعدم كونه اختياريّا، فيدلّ بدلالة الاقتضاء- على الأمر بترتيب أحكام «ظنّ الخير» و منها إجازة شهادته، فيدلّ على أنّ هذه الأحكام ثابتة لمطلق الظنّ. قلت: هذه الإطلاقات- مع الإغماض عن دعوى انصرافها إلى صورة الوثوق لا بدّ من تقييدها بما دلّ على اعتبار الوثوق. فظهر من جميع ما ذكرنا: أنّ الأقوى اعتبار مطلق الوثوق بالملكة، و هو الأوسط بين القولين. ثمّ إنّ الوثوق بالملكة كما يجوز أن يعمل الشخص في أعمال نفسه، كذلك يجوز الشهادة بالملكة استنادا إليه، و يدلّ عليه قوله عليه السلام- في صحيحة ابن أبي يعفور- : «و يجب إظهار عدالته و تزكيته بين الناس» «۱۴» و ما تقدّم من استناد الشاهدين- اللّذين بعثهما النبيّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم لتزكية الشهود المجهولين- الى الظنّ الحاصل من السؤال عن قبيلة الشهود «۱۵». مع أنّه لو انحصر مستند الشهادة في العلم لبطل أمر التعديل، و به تبطل الحقوق، كما لا يخفى.

و الحمد للّه أوّلا و آخرا.

المكاسب، ج۴، ص ۳۳۸

۳- رسالة فی القضاء عن المیّت

اشارة

بسم اللّه الرحمن الرحيم و به نستعين الحمد للّه ربّ العالمين، و صلّى اللّه على محمّد و آله الطاهرين و لعنة اللّه على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين «۱».

مسألة «۲» فی قضاء الصلاة عن المیت

و الكلام فيه تارة فى نفس القضاء، و اخرى فى القاضى، و ثالثة فى المقضىّ، و رابعة فى المقضىّ عنه، و خامسة فى أحكام القضاء.

أمّا القضاء عن المیت «۳»

فهو عبارة عن فعل العبادة نيابة عن الميّت. و حقيقة النيابة: تنزيل الفاعل نفسه منزلة شخص آخر فيما يفعله. و يظهر من السيّد المرتضى أنّ القضاء عن الميّت ليست نيابة حقيقة، و إنّما هو واجب أصلىّ خوطب به القاضى، نعم سببه فوات الفعل عن الميّت، و زاد على ذلك: أنّ الميّت لا يثاب على ذلك، فعن الانتصار- بعد اختيار أنّ الولىّ يقضى الصوم عن الميّت إذا لم يكن للميّت مال يتصدّق به عنه لكلّ يوم بمدّ، مدّعيا عليه الإجماع، و انفراد الإماميّة به، و مخالفة الفقهاء فى ذلك الّا أبا ثور- «۴» قال: و قد طعن فيما نقوله بقوله تعالى وَ أَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسانِ إِلَّا ما سَعى «۵» و بما روى عن النبىّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم من قوله:
«إذا مات المؤمن انقطع عمله إلّا من ثلاث: صدقة جارية، أو ولد صالح يترحّم عليه، أو علم ينتفع به» «۶» و لم يذكر الصوم عنه. و الجواب عن ذلك: أنّ الآية إنّما تقتضى أنّ الإنسان لا يثاب الّا بسعيه، و نحن لا نقول: إنّ الميّت يثاب بصوم الحىّ عنه. و تحقيق القول فى هذا الموضع: أنّ من مات و عليه صوم فقد جعل اللّه هذه الحالة سببا فى وجوب صوم الولىّ، و سمّاه قضاء، لأنّ سببه التفريط المتقدّم، و الثواب فى هذا الفعل لفاعله دون الميّت. فإن قيل: فما معنى قولهم: «صام عنه»، إذا كان لا يلحقه و هو ميّت ثواب، و لا حكم لأجل هذا الفعل؟ قلنا: معنى ذلك أنه صام، و سبب صومه تفريط الميّت، و قيل: «صام عنه» من حيث كون التفريط المتقدّم سببا فى لزوم هذا الصوم.

و أمّا الخبر الّذى رووه، فمحمول على هذا المعنى أيضا، و أنّ المؤمن ينقطع بعد موته عمله، فلا يلحقه ثواب و لا غيره، و الّذى ذهبنا إليه لا يخالف ذلك. و خبرهم هذا يعارض ما رووه عن عائشة «۷». ثمّ ساق أخبارا نبويّة تدلّ على النيابة «۸» «۹» (انتهى). و تبعه فى جميع ذلك السيّد أبو المكارم ابن زهرة فى الغنية «۱۰» ثمّ من بعده الفاضل فى المختلف «۱۱» فى الجواب عن الآية المتقدّمة «۱۲».
مع أنّ الشهيد فى الذكرى حكى عنه أنّه قال- فيما يلحق الميّت بعد موته-: أمّا الدعاء و الاستغفار و الصدقة و أداء الواجبات الّتى تدخلها النيابة فبالإجماع، و أمّا ما عداها فعندنا أنه يصل إليه «۱۳». أقول: كأنّ السيّد و من تبعه أراد بما ذكر من الجواب عن الآية و الرواية ردّ استدلال العامة بهما على نفى وجوب القضاء الّذى هو المطلوب، لأنّ القضاء لا يستلزم الثواب حتّى يستكشف انتفاء الملزوم عن انتفاء اللازم، و إلّا فشأن السيّد أجلّ من أن تخفى عليه الأخبار الكثيرة الواردة عن النبىّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم و الأئمة عليهم السلام فى انتفاع الميّت بما يفعله الأحياء على طريق النيابة أو الهديّة. و قد حكى أكثرها فى الذكرى عن كتاب غياث سلطان الورى للسيّد الأجلّ ابن طاوس، «۱۴» و لنذكر بعضها تبركا: فمنها: قضيّة الخثعميّة الّتى أتت النبىّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم فقالت: إنّ أبى

أدركه الحجّ شيخا زمنا لا يستطيع أن يحجّ، إن حججت عنه أ ينفعه ذلك؟ فقال لها: أ رأيت لو كان على أبيك دين فقضيته، أ كان ينفعه ذلك؟! قالت: نعم، قال: فدين اللّه أحقّ بالقضاء «۱۵». و منها: ما عن كتاب حمّاد بن عثمان: «قال: قال أبو عبد اللّه عليه السلام: من عمل من المسلمين عملا صالحا عن ميّت أضعف اللّه أجره و نفع به ذلك الميت» «۱۶». و رواه الصدوق أيضا فى الفقيه مرسلا «۱۷». و منها: ما عن كتاب المسائل لعليّ بن جعفر عليه السلام: «عن الرجل هل يصلح له أن يصلّى أو يصوم عن بعض موتاه؟ قال: نعم فيصلى ما أحبّ و يجعل تلك للميّت، فهو للميّت إذا جعل ذلك له» «۱۸». و قريبة منها رواية أخرى له «۱۹». و منها: ما حكاه عنه، عن أصل عليّ بن أبى حمزة- الّذى هو من رجال الصادق و الكاظم عليهما السلام- : «قال: و سألته عن الرجل يحجّ و يعتمر و يصلّى و يصوم و يتصدّق عن والديه و ذوى قرابته؟ قال: لا بأس به، و يؤجر فيما يصنع، و له أجر آخر بصلة قرابته، قلت: و إن كان لا يرى ما أرى، و هو ناصب؟! قال: يخفّف عنه بعض ما هو فيه» «۲۰». و منها: ما عن أصل هشام بن سالم: «قال: قلت:

يصل إلى الميّت الصلاة و الدعاء و نحو هذا؟ قال: نعم، قلت: أو يعلم من يصنع ذلك؟ قال: نعم، ثمّ قال: يكون مسخوطا عليه فيرضى عنه» «۲۱». قال فى الذكرى: و ظاهره أنّه من الصلوات الواجبة الّتى تركها سبب للسخط «۲۲». أقول: و فى هذا الظهور تأمّل. و منها: ما عن ابن محبوب- فى كتاب المشيخة- عن الصادق عليه السلام أنّه قال: «تدخل على الميّت فى قبره الصلاة و الصوم و الحجّ و الصدقة و الدعاء، قال: و يكتب أجره للّذى يفعله و للميّت» «۲۳». و نحوها: روايتا إسحاق بن عمّار «۲۴» و ابن أبى عمير «۲۵».

و منها: روايات ابن مسلم و ابن أبى يعفور و البزنطى و صفوان بن يحيى عن الصادق و الرضا عليهما السلام أنّه: «يقضى عن الميّت الحجّ و الصوم و العتق و فعاله الحسن» «۲۶».

و عن كتاب الفاخر «۲۷»: أنّ ممّا أجمع عليه و صحّ من قول الأئمّة عليهم السلام أنّه يقضى أعماله الحسنة كلّها «۲۸». و منها: ما عن كتاب حمّاد بن عثمان: «قال: قال أبو عبد اللّه عليه السلام: إنّ الصلاة و الصدقة و الحجّ و العمرة و كلّ عمل صالح ينفع الميّت، حتّى أنّ الميت ليكون فى ضيق فيوسع عليه، و يقال: هذا بعمل ابنك فلان، و هذا بعمل أخيك فلان- أخوه فى الدين- » «۲۹». و مثلها رواية عمرو بن محمد بن يزيد «۳۰». و منها: ما عن عبد اللّه بن جندب: «قال: كتبت إلى أبى الحسن عليه السلام: الرجل يريد أن يجعل أعماله من الصلاة و البرّ و الخير أثلاثا، ثلثا له و ثلثين لأبويه، أو يفردهما بشىء ممّا يتطوّع به، و إن كان أحدهما حيّا و الآخر ميّتا؟ فكتب الىّ: أمّا الميّت فحسن جائز، و أمّا الحىّ فلا، إلّا البرّ و الصلة» «۳۱». و مثلها ما عن محمّد بن عبد اللّه بن جعفر الحميرى، أنّه كتب إلى الكاظم عليه السلام مثله، و أجاب بمثله «۳۲». قال

المكاسب، ج۴، ص ۳۳۹

فى الذكرى: قال السيّد: لا يراد بهذه: الصلاة المندوبة، لأنّ الظاهر جوازها عن الأحياء فى الزيارات و الحجّ و غيرهما «۱». أقول: لعلّ ما ذكره من التوجيه للجمع بينها و بين ما دلّ على جواز ذلك عن الحىّ أيضا، مثل ما عن الكلينى بإسناده إلى محمّد بن مروان: «قال: قال أبو عبد اللّه عليه السلام: «ما يمنع الرجل منكم أن يبرّ والديه حيّين و ميّتين، يصلّى عنهما و يتصدّق عنهما و يصوم عنهما، فيكون الّذى صنع لهما، و له مثل ذلك، فيزيده «۲» اللّه ببرّه و صلته خيرا كثيرا» «۳».

نعم احتمال هذه الرواية إرادة عدم قطع البرّ عنهما بعد الموت بفعل هذه الأفعال عنهما، فيكون قد برّهما حيّين و ميّتين، بعيد. و حكى عن الحسين بن الحسن الطوسى الكوكبى- فى كتابه المنسك- «۴» بإسناده إلى عليّ بن أبى حمزة: «قال: قلت لأبى إبراهيم عليه السلام: أحجّ و أصلّى و أتصدّق عن الأحياء و الأموات من قرابتى و أصحابى؟ قال: نعم، تصدّق عنه و صلّ عنه، و لك أجر آخر بصلتك إيّاه» «۵». و ظاهر الصلاة عن الغير: النيابة عنه، لا فعلها و إهداء الثواب إليه، فيدلّ على جواز النيابة عن الحىّ فى الصلاة، و إطلاق الصلاة «۶» و البرّ على ذلك يشعر بعموم رجحان النيابة عن الحىّ فى كلّ فعل حسن. ثمّ أنّه «۷» إذا جاز الصلاة عنه جاز غيرها، لعدم القول بالفصل ظاهرا بينها و بين غيرها، بل قد روى جواز الاستنابة فى الصوم الواجب بالنذر على الحىّ، فقد روى فى الفقيه، عن عبد اللّه بن جبلّة، عن إسحاق بن عمّار «۸». بل يمكن استفادة عموم النيابة فى كلّ الأعمال الواجبة- عدا ما دلّ الإجماع على عدمه-

من الأخبار الدالّة على مشروعيّة قضاء دين اللّه عمّن هو عليه تبرّعا «۹»، ثمّ إثبات مشروعيّة النيابة فى المستحبّات بعدم القول بالفصل، فتأمل. و كيف كان: فانتفاع الميّت بالأعمال الّتى تفعل عنه أو يهدى إليه ثوابها، ممّا أجمع عليه النصوص، بل الفتاوى، على ما عرفت من كلام الفاضل «۱۰» و صاحب الفاخر «۱۱»، المعتضد بقضيّة تعاقد صفوان بن يحيى و عبد اللّه بن جندب و علىّ بن نعمان، على أنّ من مات منهم يصلّى من بقى صلاته و يصوم عنه و يحجّ عنه، فبقى صفوان يصلّى كلّ يوم و ليلة مائة و خمسين ركعة» «۱۲». فإنّ دعوى كفاية اتّفاق هذه الثلاثة فى الكشف عن رضا الإمام عليه السلام غير بعيدة، فكيف إذا ضمّ إلى ذلك دعوى الفاضل و صاحب الفاخر الإجماع على ذلك. و أمّا الآية «۱۳» فيمكن توجيهها بعد مخالفة ظاهرها للإجماع و الأخبار المتواترة بأنّ الثواب على سعيه حال الحياة، فإنّ تحصيل الاخوّة للمؤمنين تعريض للنفس فى هذه المثوبات. و أمّا الرواية النبويّة «۱۴»: فهى مسوقة لذكر ما يعدّ عملا للميّت بعد موته من الأفعال المتولّدة من فعله تولّد الغاية، دون الّتى يترتّب على عمله اتّفاقا من دون قصد لترتّبها، فالحصر فى الرواية بالنسبة إلى إعمال الميّت المقصود منها الاستمرار بعد الموت، كإعانة الناس بحفر البئر و غرس الشجر و وقف مال عليهم أو إظهار سنّة حسنة، أو ولادة من يستغفر له ممّا يقصد منه البقاء، فهى بمنزلة الأفعال التوليدية للميّت يعدّ عملا له، و الكلام- فى المقام- فى ما يعمل الغير عنه، كما أنّ ما ورد من أنّ: «من سنّ سنّة سيّئة كان عليه وزرها و وزر من عمل بها إلى يوم القيامة» «۱۵» لا تنافى قوله تعالى وَ لا تَزِرُ وازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرى، «۱۶» و إنّما ينافيه ما يكذب على النبىّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم من أنّ: «الميّت ليعذّب ببكاء أهله عليه «۱۷»»

و لذا ردّت عائشة بتلك الآية «۱۸». و قد خرجنا بإيراد الأخبار المذكورة عمّا هو المقصود فى هذه الرسالة من وجوب القضاء عن الميّت مع قطع النظر عن انتفاع الميّت بذلك، و قد عرفت أنّه مجمع عليه فتوى «۱۹» و نصّا «۲۰»، و سيجىء ما يدلّ عليه من النصوص بالخصوص «۲۱». ثمّ المشهور أنّ القضاء معيّن على الولىّ، لا أنّه مخيّر [بينه] «۲۲»

و بين الصدقة، كما عن الإسكافى «۲۳» و السيّد المرتضى «۲۴» و السيّد ابن زهرة مدّعيا عليه الإجماع «۲۵»، لعدم الدليل على إجزاء الصدقة نعم ورد ذلك فى النافلة مضافا إلى ظهور الأدلّة «۲۶» فى تعيين الصلاة. و الإجماع المدّعى كما ترى. و أضعف منه الاستدلال عليه بالاحتياط.

و أمّا القاضى

فالمحكىّ عن المفيد: النصّ على أنّه إن لم يكن له ولد من الرجال قضى عنه أكبر أوليائه من أهله، و إن لم يكن فمن النساء «۲۷». و عن الإسكافى: أولى الناس بالقضاء عن الميّت أكبر ولده الذكور، و أقرب أوليائه إليه إن لم يكن له ولد «۲۸». و فى كلام الصدوقين و الرضوىّ: «إنّه يقضى الولىّ، فإن لم يكن له ولىّ من الذكور قضى عنه وليّه من النساء «۲۹»» و نسب قول المفيد فى الدروس إلى ظاهر القدماء و الأخبار، و اختاره «۳۰». و لعلّه لإطلاق صحيحة حفص بن البخترى، عن أبى عبد اللّه عليه السلام: «فى الرجل يموت و عليه صلاة أو صيام؟ قال:

يقضى عنه أولى الناس بميراثه. قلت: فإن كان أولى الناس به امرأته؟ قال: لا، إلّا الرجال» «۳۱». و مرسلة حمّاد: «قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام فى الرجل يموت و عليه دين من شهر رمضان من يقضيه عنه؟ قال: أولى الناس به، قلت: فإن كان أولى الناس به امرأته؟ قال: لا، إلّا الرجال» «۳۲». و رواية ابن سنان، عن الصادق عليه السلام- المحكيّة فى الذكرى عن كتاب السيّد الأجلّ ابن طاوس-: «قال: الصلاة الّتى حصل وقتها قبل أن يموت الميّت يقضيه عنه أولى الناس به» «۳۳». إلى غير ذلك. فما أطلق فيه «الولىّ» المراد منه الأولى من غيره، و هو يختلف باختلاف الموجودين من الناس المنتسبين إلى الميّت، فإنّ ولده أولى به من أخيه، و أخوه أولى به من عمه.. و هكذا.

بل قد يدّعى شموله للمولى المعتق و ضامن الجريرة، لأنّهما أولى الناس بالميّت مع فقد الأقارب النسبيّة، و لذا قيل بوجوب القضاء

عليهما مع فقد القريب «۳۴». هـذا، مضافا إلى أنّ الحكم فى صـحيحهٔ حفص معلّق على «الأولى بالإرث» «۳۵»، و لا إشكال فى صدقه على ما عـدا الأولاد مع عـدمهم، بل و على المولى و ضامن الجريرهٔ. و أمّا وجه تقـديم الولـد على الأب: فلعلّه لأنّ أكثريّـهٔ نصـيبه يدلّ عرفـا على كونه أولى بالميّت عن الأب «۳۶» مع أنّ النصّ ورد بأنّ الأكثر نصـيبا أولى بالميّت من الأقلّ، كما فى صـحيحهٔ الكناسى: «و أخوك لأبيـك و أمّك أولى بك من أخيك لأبيك «۳۷»» «۳۸» مع أنّ حكم المشـهور باستحقاق الولد خصوصا مجّانا الحبوهٔ- الّتى هى عبـارهٔ عن خصائص الأب، التى يعزّ على أولياء الميّت أن يروها عنـد غير الميّت- يـدلّ على أولويّته بأبيه من غيره حتّى جـدّه. نعم ينافى ذلك كلّه حكم المشهور

المكاسب، ج۴، ص ۳۴۰

فى باب الجنائز بأنّ الأب أولى من الولد فى تجهيز الميّت، و لذا تنظّر فيه هناك مائلا إلى مراعاهٔ الإطلاق «۱»- هنا و هناك- من يقدّم الأب على الولـد «۲». و يمكن أن يكون مستند المشـهور هنـاك أنّ الأولى بالميّت من حيث أحكامه و أموره- الّتى لا بـدّ أن تصـدر باسـتصواب الأولياء- هو الأب دون غيره، و يمكن استشـعار ذلك من قوله عليه السـلام: «يصـلّى على الجنازهٔ أولى الناس بها» «۳» فإنّ الأولى بالجنازهٔ- من حيث انّها جنازهٔ لا بدّ من التصرف فيها و تقلّبها فى الغسل و الصلاهٔ و الدفن- هو الأب عرفا.

و الحاصـل: أنّ الموضوع للحكم فى باب القضاء هو الميّت من حيث شـخصه و نفسه الإنسانى، و فى الجنائز هو جسـده و جنازته الّتى يتصـرف فيها و يتقلّب، فالأولويّهٔ هنا عليه، و فى القضاء له، فتأمّل. و على كلّ حال: فالمراد من «أكثريّهٔ النصـيب» أكثريّهٔ نصـيب النوع، لأنّها الكاشـفهٔ عرفا و شـرعا عن أولويّهٔ ذلك النوع، فلو عرض لشـخص الولىّ قلّهٔ النصـيب لتعدّد أشخاص نوعه- كما لو اجتمع له أب مع عشرهٔ أولاد- فلا يسقط أكبرهم عن الأولويّهٔ، لكونه أقلّ سهما من الأب، لأنّ نوع الولد أكثر سهما فهو أولى.

فمـا يظهر من بعض المعاصـرين من اعتبـار أكثريّـهٔ نصـيب الشـخص- حتّى أنّه فصّـل فى المسألـهٔ بين مـا دون الخمسـهٔ من الأولاد إذا اجتمعوا مع الأب و بين الخمسهٔ و الأزيد «۴»-

لم أجد له وجها ظاهرا. ثمّ إطلاق «الأولى بالإرث» فى الصحيحهٔ المتقدّمهٔ «۵» يشمل المولى المعتق و ضامن الجريرهٔ على الترتيب عند عـدم غيرهما من الورثـهٔ. إلّا أنّ العبارهٔ المحكيّهٔ عن المفيـد «۶» و جماعـهٔ من القـدماء «۷» خاليـهٔ عن التصـريح به، لأـنّ المحكىّ عن المفيد- المنسوب فى الدروس إلى ظاهر القدماء- «أنّه لو فقد أكبر الذكور فأكبر أوليائه من أهله» «۸» و لفظ «الأهل» ظاهر فى من عدا المعتـق و ضـامن الجريرهٔ. و مـا أبعـد مـا بين هـذا القول و بين القول و بين مـا اختـاره الشيـخ «۹» و أكـثر من تـأخّر عنه من اختصـاص التكليف بـأكبر أولاده الـذكور «۱۰»، و كـأنّهم فهموا من صـحيحهٔ حفص و مرسلـهٔ حمّـاد- المتقـدّمتين «۱۱»- أنّ المراد من «الأـولى بـالميّت» أولى النـاس به على الإطلاـق. و بعبـارهٔ أخرى: الأولى من كلّ أحـد يفرض وجوده من الناس، لا أولى الموجودين فعلا حين موت الميّت، و لا شك أنّ الأولى على الإطلاق بـذلك المعنى هو الولـد الـذكر. و أمّا أولويّـهٔ غيره من طبقات الورثـهٔ فأولويّهٔ إضافيّهٔ يلاحـظ فيهـا الموجودون عنـد الموت. و هـذا غير بعيـد. مع أنّه لو فرض احتمـال الروايـهٔ لمـا ذكرنا احتمالا مساويا وجب الرجوع إلى أصالهٔ البراءهٔ. و ممّا يؤيّد إرادهٔ ما ذكرنا- بل يدلّ عليه- صحيحهٔ حفص و مرسلهٔ حمّاد الصريحتان فى نفى التكليف عن النساء، و كلّ من نفاه عنهنّ نفاه عمّن عـدا الولـد من الـذكور، و كلّ من أثبته على من عدا الولد من الذكور أثبته على النساء، فحمل الروايهٔ على ما يعمّ الولد يوجب شذوذ الروايهٔ و ترك العمل بظاهرها بين الأصـحاب من التفصـيل بين من عدا الولد و بين النساء، فيجب لأجل ذلك حمـل «الأـولى» على الأولويّـهٔ على الإطلاـق دون الإضافيّـهٔ. نعم يظهر من المـدارك العمل بظاهرها من التفصـيل «۱۲». ثـمّ المراد فى كلامهم من «الأـكبر»: من لا أكبر منه، فيعمّ المنحصـر، كما هو مقتضـى إطلاق النصّ «۱۳» و صـريح الفتاوى «۱۴». و لو تعـدد الأولاد يقدّم الأكبر مع استوائهم فى البلوغ، للإجماع و لمكاتبهٔ الصفّار «۱۵» و فى دلالتها تأمّل يأتى وجهه. و لو اسـتووا فى السنّ فالبالغ مقدّم على غيره، إمّـا لأـنّه أكبر عرفا و أقرب إلى حـدّ الرجال، و إمّا لأنّ التكليف يتعلّق به عنـد بلوغه، لصـدق «أولى الناس به» عليه بحسـب النوع، إذ لو اعتبرت الأولويّـهٔ الشخصـيّهٔ من كل أحد لم يجب عليه بعد بلوغ أخيه أيضا، فإذا تعلّق التكليف به فارتفاعه عند بلوغ أخيه

يحتاج إلى دليل، فتأمل. و لو اختلفوا فى البلوغ و كبر السنّ، ففى اعتبار البلوغ أو كبر السنّ وجهان: ممّا ذكرنا فى تقديم البالغ على غيره مع المساواة، و من إطلاق تقديم الأكبر فى النصّ «۱۶» و الفتاوى «۱۷»، و الأوّل لا يخلو عن قوّة. و لو استووا فى السنّ و البلوغ، ففى سقوط القضاء عنهم- كما عن الحلّى «۱۸»- لعدم وجود الأكبر، أو ثبوته عليهم على طريق الكفاية و تخييرهم، فإن اختلفوا فالقرعة- كما عن القاضى «۱۹»- أو على طريق التوزيع- كما عن المشهور وفاقا للشيخ «۲۰»- ، أقوال: أقواها الأخير، لأنّ الحكم معلّق بجنس أولى الناس الصادق على الواحد و الاثنين، لما عرفت من أنّ المراد بأولى الناس: الأولى بالنوع، و هو جنس الأولاد، فكأنّه قال: يقضى عنه ولده. و أمّا وجوبه على الكلّ كفاية فلم يثبت، لأنّ الوجوب على الجنس أعم من التوزيع و من الوجوب الكفائى، فالأصل عدم تكليف كلّ منهم بأزيد من حصته و لو على طريق الكفاية.

و بعبارة أخرى: يعلم باستحقاقه العقاب إذا ترك حصته و لم يأت بها صاحبه على أى تقدير، و لا يعلم بأنه بعد قضاء حصته يعاقب على ترك الباقى إذا تركه مع ترك صاحبه. ثم انّ حكم القاضى بالقرعة عند اختلافهما «۲۱» لا وجه له، لعدم جواز الاختلاف بعد وجوب قيامهما «۲۲» بالواجب الكفائى، لأنه لا يسقط عنهما إلّا بعد حصوله فى الخارج، فينوى كلّ منهما الوجوب كما فى صلاة الميّت. و دعوى وجوب فعل واحد عنه- على أن تكون الوحدة شرطا لصحة الفعل مع تعددهما- ممنوعة. و ممّا ذكرنا يعلم حكم ما إذا كان الواجب ممّا لا يتبعّض كصلاة واحدة أو صوم يوم واحد و فى ثبوت الكفّارة عليهما مع إفطار الصوم بعد الزوال- على القول بوجوبه فى القضاء عن الغير- وجهان، أقواهما: الوجوب عليهما مع إفطارهما معا، و على المتأخّر إفطارا مع التراخى، فتأمّل. ثمّ إنّ هنا وجوبا كفائيا فى الصلاة من جهة أخرى، و هى أنّ الترتيب لمّا كان شرطا فى صحّة الصلاة فبعد الحكم بتوزيعها يكون الواجب كفائيا منهما الشروع فى القضاء فإذا فرغ من صلاة واحدة كان الشروع فى الأخرى أيضا واجبا كفائيا، و هكذا إلى أن يصلّى أحدهما قدر نصيبه، فيتعيّن الباقى على الآخر، فإن اختلفا فى السابق بأن أراد كلّ منهما السبق و اللحوق، فلا يبعد القرعة. و لا يشترط فى القاضى الحرّيّة، لأنّ الأولويّة بالميّت- الذى هو مناط الحكم- لا يتوقّف على استحقاقه الإرث، بل يقتضيه مع عدم المانع، و لهذا لا يفرّق فى الحرّ بين الوارث بالفعل و الممنوع عن الإرث للقتل. و تعلّق الحكم فى صحيحة حفص «۲۳» على «الأولى بالإرث» يراد به الأولى بالإرث من حيث القرابة لو خلّيت و نفسها. و لا يشترط أيضا خلوّ ذمته من صلاة فائتة، نعم سيأتى حكم الترتيب بين الفائتة و المتحمّلة فى أحكام القضاء

. عليه،

المكاسب، ج۴، ص ۳۴۱

و أما المقضىّ

فالمحكىّ عن المشهور أنّه جميع ما فات عن الميّت، و عن الشهيد الثانى: نسبته إلى ظاهر النصّ و إطلاق الفتوى «۱» و ظاهر عبارة الغنية: الإجماع عليه «۲»

و عن الحلّى «۳» و سبطه- ابن سعيد- : أنّه لا يقضى إلّا ما فاته فى مرض موته «۴» و المحكىّ عن [المحقق] «۵» فى بعض رسائله أنه يقضى ما فاته لعذر كالمرض و السفر و الحيض بالنسبة إلى الصوم، لا ما تركه عمدا مع قدرته عليه «۶» و عن الذكرى نسبته إلى السيّد عميد الدين ثمّ اختياره «۷» كما عن الشهيد الثانى «۸». و الأقوى الأوّل، لإطلاق ما تقدّم من النصوص، خصوصا رواية ابن سنان المتقدمة «۹» و دعوى انصرافها إلى ما فات لعذر- إن سلّم- فهو تبادر ابتدائى، كتبادر بعض أفراد الماء من إطلاق لفظه، مع أنّ بعض فروض الترك عمدا ممّا لا إشكال فى عدم خروجه عن منصرف الإطلاق، مثل ما إذا وجب عليه الصلاة فى حال المرض مع النجاسة أو مع القعود أو الاضطجاع، أو وجب عليه الصلاة حال المطاردة مع العدوّ، فقصّر فى فعلها كذلك- على ما هو الغالب فى أحوال المرضى و الغازين من ترك الصلوات إذا لم يتمكّنوا من فعلها إلّا كذلك- ثم مات فى هذه الحال أو بعد ذلك، فإنّ دعوى خروج

مثل هذا عن منصرف إطلاق الأخبار المتقدمة «۱۰» بعيدة عن الإنصاف، و إذا شمل هذا شمل غيره من الصلوات المتروكة عمدا أو المفعولة فاسدة، لعدم القول بالفصل. بل يمكن دعوى شمول الروايات للمفعولة فاسدة، فيشمل المتروكة عمدا لعدم الفصل، فتأمّل. و كيف كان: فدعوى اختصاص الرواية بمن فاته الصلاة لعذر يسقط شرعا معه الصلاة- كالإغماء و فقد الطهورين و نحو ذلك- في غاية البعد، خصوصا لو أريد من عدم تعمّد الفوت عدم التمكن من قضائه أيضا، بحيث لا يعمّ ما تسامح في قضائه حتّى مات. ثم الظاهر أنّ النسبة بين قول الحلّي «۱۱» و مختار المحقق «۱۲» عموم من وجه، لأنّ الفوات في مرض الموت يعمّ الترك عمدا. و على أيّ حال: فالظاهر انصراف الإطلاق في النصّ و الفتوى إلى ما وجب عليه أصالة، فلا يعمّ ما تحمّله بالولاية أو الاستئجار و إن كان العمل بالإطلاق أحوط، بناء على احتمال كون الانصراف هنا نظير الانصراف السابق

و أما المقضيّ عنه

فهو الوالدان لا غير، بناء على المشهور من اختصاص القاضي بالولد الأكبر. نعم اختلفوا في دخول الأمّ من جهة اختصاص رواية حمّاد بالرجل «۱۳» و انصراف رواية ابن سنان إليه «۱۴» فإلحاق المرأة بالرجل قياس- كما صرّح الحلّي «۱۵» و المحقّق و الشهيد الثانيان في حاشيتي الشرائع «۱۶» بل حكي عن جماعة «۱۷». و الأقوى الدخول، وفاقا لصريح المحكيّ عن صوم المبسوط «۱۸» و النهاية «۱۹» و الغنية «۲۰» و المنتهى «۲۱» و التذكرة «۲۲» بناء على عدم الفرق بين الصوم و الصلاة. و حكى في خصوص الصلاة عن الرسالة المحكيّة سابقا عن المحقّق في جواب سؤال جمال الدين المشغري «۲۳» و عن الذكرى «۲۴» و الموجز «۲۵» بل حكى نسبته إلى ظاهر إطلاق الأكثر، إلّا أنّ الموجود في الروضة: انّ اختصاص الحكم بالأب و عدم التعدى إلى الأمّ و غيرها من الأقارب «۲۶» هو المشهور «۲۷». و كيف كان فالأقوى اللحوق، و دعوى الانصراف في رواية ابن سنان «۲۸»

ممنوعة، مضافا إلى مصححة أبي حمزة: «عن امرأة مرضت في شهر رمضان أو طمثت أو سافرت، فماتت قبل خروج شهر رمضان، هل يقضى عنها؟ قال: أما الطمث و المرض فلا، و أما السفر فنعم» «۲۹». بناء على عدم القول بالفصل بين الصوم و الصلاة كما يظهر من بعض «۳۰» و على أنّ المسئول عنه وجوب القضاء، لما ذكره في المنتهى من الاتّفاق على الاستحباب في هذه الصور «۳۱». و يمكن أن يكون طرحا الحلّي «۳۲» لهذه الأخبار لكونها آحادا عنده. و هل يشترط في المقضى عنه الحرّية؟ قولان، أقواهما:

العدم، لإطلاق الروايات «۳۳» و دعوى انصرافها إلى الحرّية في غاية البعد. و توهّم كون الأولى بالعبد مولاه، و لا يجب عليه القضاء إجماعا، مدفوع بأنّ المراد بالأولويّة: الأقربيّة في النسب و الأشدّيّة في علاقة القرابة الّتي هي المقتضية للأولويّة بالإرث و لو اجتمع سائر شروط الإرث، و لذا يجب على القاتل لأبيه و إن لم يرثه. و حكى عن فخر الدين عدم الوجوب، قال: و منشأ الإشكال عموم قولهم عليهم السلام: «فعلى وليّه أن يتصدّق عنه من تركته» «۳۴» دلّ بالمفهوم على الحرّيّة، فهذه المسألة ترجع إلى أنّ الضمير إذا رجع إلى البعض هل يقتضي التخصيص أم لا؟ و قد حقّق ذلك في الأصول. و الحقّ عندي عدم القضاء، لما تقدّم «۳۵» (انتهى).

و اعترضه شارح الروضة- بعد نقل هذا الكلام- بأنّا لم نظفر بخبر فيه ذلك، و إنّما الخبر الّذي تعرّض فيه للتصدّق خبر أبي مريم، و ليس فيه ذكر الصوم إلّا بعد التصدّق في إحدى طريقيه و لفظه: «و إن صحّ ثمّ مرض حتّى يموت و كان له مال تصدّق عنه مكان كلّ يوم بمدّ، و إن لم يكن له مال صام عنه وليّه» «۳۶» «۳۷» (انتهى). و لا يخفى ضعف ما ذكره فخر الدين، إذ لو سلّم وجود خبر مشتمل على المتمّم المذكور، فمقتضى التبادر و إن كان تقييد المطلق به- و ليس هذا من قبيل العام المتعقّب بالضمير الراجع الى بعض أفراده كما لا يخفى- إلّا أنّ تخصيص الخبر المشتمل على المتمّم «۳۸» لا يقتضي تخصيص باقي «۳۹» المطلقات، لعدم التنافي بينهما. ثمّ إنّ حكم الجارية حكم العبد الميّت.

و أما أحكام القضاء

فيحصل توضيح المهم منها في ضمن مسائل: الأولى: أنّ الظاهر من النص و الفتوى بأنّه «يقضى عن الميّت»، أنّ القضاء عن الميّت نيابة عنه في الفعل، لا أنّه تكليف أصلي على الوليّ. فلا بدّ فيه من نيّة النيابة كما في الحجّ و الزيارة عن الغير، و لا تبرأ ذمّته بإهداء ثواب العبادة إلى الميّت من دون قصد النيابة، بل لا يشرع هذا الفعل بمجرّد هذه الغاية مع عدم اشتغال ذمّته به أصالة، كمن أراد أن يصلّي ظهرا في غير وقته و يهديه إلى الميّت، لأنّ إهداء الثواب فرع وجوده المتوقّف على تحقّق الأمر، المفروض عدمه. و يعتبر في القضاء جميع ما كان معتبرا في فعل الميّت، مع قطع النظر عمّا يعرض باعتبار خصوص مباشرة الفاعل له، فيقصر ما فاته سفرا، و يتمّ ما فاته حضرا، و لا يجب عليه الإخفات في أوّليي الجهريّة لو كان النائب رجلا و الميّت امرأة، و يجب الإخفات لو انعكس الفرض، و كذا الكلام في ستر تمام «۴۰» البدن. و الفرق بينهما و بين القصر و الإتمام: أنّ القصر و الإتمام مأخوذان في ماهيّة الصلاة، و أمّا الجهر و الإخفات فإنّما هو باعتبار كون المباشر للفعل امرأة يطلب خفض صوتها و ستر بدنها عند الصلاة، فهما

المكاسب، ج۴، ص ۳۴۲

أحكام خصوص الفاعل لا الفعل. و مثلهما الأحكام الثابتة للفاعل باعتبار العجز و القدرة، فإنّ المعيار فيها حال المباشرة للفعل، فيصلّي القادر قائما عمّن فات عنه قاعدا، و يصلّي العاجز قاعدا عمّن فاته قائما. و لا يجب على الوليّ الاستنابة مع عجزه، للأصل. و ربما يحتمل ذلك بناء على أنّ الواجب على الوليّ تحصيل الصلاة بالأجزاء و الشرائط الّتي كانت على الميّت و إبراء ذمّته بصلاة نفسه أو بالاستنابة، فإذا لم يتمكّن من الصلاة الاختياريّة بنفسه تعيّن عليه الاستنابة.

و يضعّفه أنّ الاستنابة مع جوازها مسقطة للواجب المعيّن على الوليّ، لا أحد فردي الواجب المخيّر، فلا يتعيّن عند تعذّر الصلاة الاختياريّة، بل ينتقل إلى بدلها الاضطراري كالصلاة قاعدا أو قائما إذا كان غير راج لزوال العذر، بل و إن كان راجيا، بناء على عدم وجوب تأخير اولي الأعذار، و على وجوب المبادرة إلى براءة ذمّة الميّت. و لكن الأقوى وجوب الانتظار مع رجاء زوال الأعذار، و الأحوط الاستنابة مع عدمه. و في حكم العجز و القدرة: العلم و الجهل المعذور فيه موضوعا أو حكما كمن جهل القبلة فصلّي إلى الجهة المظنونة أو إلى أربع جهات مع عدم الظنّ، أو صلّي في طاهر كان يعتقده الميّت نجسا، فإنّ هذه الأمور و أشباهها تلحق الفعل باعتبار مباشرته، لا باعتبار ذاته. و من هذا القبيل اختلاف الميّت و النائب في مسائل الصلاة، فإنّ العبرة فيها بمعتقد الفاعل تقليدا أو اجتهادا دون الميّت، حتّي لو فاته صلاة يعتقدها قصرا، كما إذا سافر إلى أربعة فراسخ من دون الرجوع ليومه و اعتقدها الوليّ تماما- لاعتقاده اعتبار الرجوع ليومه في الأربعة- وجب القضاء عنه تماما. نعم لا يجب قضاء ما صلّاه «۱» الميّت صحيحا إذا اعتقد الوليّ فسادها، و هو واضح. و الفرق: إنّ فعل الميّت بدل عن الواقع إذا كان مخالفا له، أمّا إذا لم يفعل فالفعل يصير تكليفا للوليّ يوقعه بحسب اعتقاده، حتّي لو اعتقد عدم وجوبه على الميّت رأسا لم يجب على الوليّ و إن كان الميّت قد اعتقد وجوبه، كقضاء صلاة الخسوف الّذي لم يعلم به الميّت حتّي انجلي، فلا يجب على الوليّ قضاؤها إذا اعتقد عدم وجوبه، و إن كان الميّت قد اعتقد وجوب القضاء. و يحتمل وجوب القضاء هنا على الوليّ إذا اعتقد استحبابه على تقدير عدم الوجوب، لصيرورة الميّت مشغول الذمّة به في اعتقاده و يمكن إبراء ذمّته فيجب. أمّا إذا لم يعتقد الوليّ استحبابه على تقدير عدم الوجوب فلا يجوز له الإتيان لعدم تأتّي قصد القربة لكن فرض المسألة خلافيّة لا ينفكّ عن رجحان الإتيان من باب الاحتياط. الثانية: هل ما يفعله الوليّ أداء لما فات عن الميّت باعتبار الأمر الأدائي، فيكون فعله تداركا للأداء؟ كما لو فرض موته قبل خروج وقت الصلاة الّتي فاتته، كما إذا مات بعد مضيّ مقدار الصلاة و الطهارة، أو في غير الفرض المذكور أداء لما فات عن الميّت باعتبار الأمر القضائي فيكون تداركا لقضاء الميّت الّذي هو تدارك لفعله الأدائي، لا تداركا أوّليّا لفعله الأدائي؟. و بعبارة أخرى: لا شكّ أنّ الصلاة عن الميّت كأداء الدين عنه، فهل الملحوظ- في كونه دينا- الأمر الأدائي، أو الأمر القضائي به فيما إذا مات بعد تكليفه بالقضاء؟ وجهان، أظهرهما من أدلّة العبادة عن الميّت و أنّها كأداء الدين عنه، الأوّل، لأنّ ظاهر إطلاق الدين على العبادة إنّما هو باعتبار مطلوبيّتها الأوّليّة، و الأمر بقضائها أمر بأداء ذلك الدين، فإذا لم يؤدّه بنفسه أدّاه عنه الوليّ، ففعل الوليّ بدل الأداء، لا القضاء. و تظهر الثمرة في اعتبار الأمور المعتبرة في القضاء في فعل الوليّ.

توضيح ذلك: أنّ ما كان من الشروط معتبرة فى الأداء، فلا إشكال فى اعتبارها فى القضاء، سواء كان القاضى نفسه حيّا أو وليّه «۲» بعد موته، لأنّ تدارك الفائتة لا يحصل إلّا بمراعاتها، لأنّ المفروض كونها مأخوذة فى الفائت. و أما الشروط المعتبرة فى قضاء الصلاة الّتى دلّ عليها الدليل الخاصّ من دون كونها معتبرة فى الأداء، فلا بدّ من الاقتصار فى اعتبارها على مقدار دلالة الدليل، فإذا دلّ الدليل على اعتبارها فى قضاء الشخص عن نفسه فلا يتسرّى إلى قضائه عن غيره. نعم لو قلنا: إنّ الغير إنّما يفعل ذلك القضاء الّذى كان واجبا على الميّت و امتثالا لأمره القضائى، فلا مناص من مراعاة هذه الشروط. و هذا مثل الترتيب بين الفوائت،- بناء على اعتباره فى القضاء باعتبار دليل خارج، و ليس باعتبار كونه شرطا فى الأداء- ، إذ ليس تأخير المغرب عن عصره المتقدّم شرعا شرطا له، و إنّما هو عارض اتّفاقى له حصل من تدريج الزمان، بل تأخير العصر عن الظهر أيضا ليس إلا باعتبار الأمر الأدائى بالظهر، فإذا فات الظهر و العصر فقد ارتفع الأمر الأدائى بالظهر و برئت الذمّة منه، و وجوب وقوع العصر بعد «۳» براءة الذمّة من مطلق الأمر بالظهر- و لو كان أمرا قضائيّا- غير معلوم، فتأمّل حتى لا يتوهّم أنّه رجوع عن لزوم «۴» اتّحاد القضاء و الأداء فى الشروط، لأنّا نلتزم أيضا أنّ كلّما هو شرط فى العصر الأدائى شرط فى العصر القضائى، لكن ندّعى أنّ الشرط فى العصر الأدائى وقوعها بعد براءة الذمّة عن الأمر الأدائى [بالظهر، دون مطلق الأمر بها، و لازم اعتبار شروط

الأداء فى القضاء أنّ العصر القضائى أيضا لا بدّ من وقوعها بعد البراءة عن الأمر الأدائى] «۵»، و هذا شىء حاصل دائما. فالعمدة فى وجوب الترتيب بين الفوائت الإجماع المنقول و بعض الأخبار «۶» و هى مختصّة بقضاء الشخص عن نفسه، و المفروض أنّ الولىّ نائب عن الميّت فى تدارك الأداء، لا فى تدارك القضاء حتّى يقتضى ذلك وجوب مراعاة ما وجب على الميّت فى قضائه عن نفسه. نعم لا يستبعد أن يستظهر من أدلّة الترتيب فى قضائه عن نفسه كون مطلق كذلك، سواء كان عن نفسه أو عن الغير. الثالثة: هل يسقط القضاء عن الولىّ بفعل الغير- كما عن الشيخ «۷» و جماعة «۸»- أم لا- كما عن الحلّى «۹» و آخرين «۱۰»- ؟. الأقوى: الأوّل، لعموم ما دلّ على أنّ الصلاة و الصوم عن الميّت يكتب له «۱۱» و ما دلّ على أنّ العبادة فى ذمّة الميّت كالدين، فكما تبرأ ذمّته بأداء كلّ أحد الدين عنه فكذلك العبادة «۱۲»: و قد تقدّم «۱۳» فى رواية الخثعميّة قوله صلّى اللّه عليه و آله و سلم: «أ رأيت لو كان على أبيك دين فقضيته أ كان ينفعه ذلك؟ قالت: نعم قال صلّى اللّه عليه و آله و سلم: فدين اللّه أحقّ بالقضاء» «۱۴».

المكاسب، ج۴، ص ۳۴۳

فإذا برئت ذمة الميّت بفعل كل من فعل عنه، فلا يبقى فى ذمّته شىء حتّى يجب على الولىّ قضاؤه، ففعل الغير مسقط للوجوب عن الولىّ بسقوط موضوعه- أعنى اشتغال ذمّة الميّت- لا أنّ الغير نائب عن الولىّ أو متحمّل عنه، حتّى يقال: إنّ الصلاة و الصوم لا يتحمّلان عن الحىّ، أو يقال: إنّ المخاطب هو الولىّ فيجب عليه المباشرة، فإنّا لم نحكم بامتثال الولىّ إذا استناب غيره، و إنّما نحكم ببراءة ذمّة الميّت، فلا يكون عليه صلاة أو صيام حتّى يقضيه الولىّ. فيظهر من ذلك كلّه أنّ الاستدلال على المنع بظهور الأدلّة فى وجوب المباشرة، أو أنّ الصلاة و الصوم لا تدخلهما النيابة عن الحىّ، فى غير محلّه، فإذن ما ذكرنا ينافى التصريح عن المشهور بوجوب مباشرة الولىّ له. و يدلّ على السقوط- مضافا إلى ما ذكرنا- الموثّقة: «فى الرجل يكون عليه صلاة أو صوم هل يجوز أن يقضيه رجل غير عارف؟ قال: لا يقضيه إلّا مسلم عارف» «۱». دلّ على عدم إجزاء قضاء غير العارف بالأئمة عليهم السلام و إن كان وليّا، و جواز قضاء العارف و إن لم يكن وليّا. و لا يجوز أن يكون المراد بغير العارف فى السؤال، و بالعارف فى الجواب خصوص الولىّ، كما لا يخفى. و مرسلة الفقيه عن الصادق عليه السلام: «إذا مات الرجل و عليه صوم شهر رمضان فليقض عنه من شاء من أهله» «۲». فإنّه بعد قيام القرينة على عدم إرادة ظاهر الخبر- و هو الوجوب الكفائى- ظاهر فى أنّ كلّ أحد من أهله مرخّص فى إبراء ذمّة الميّت، و تخصيص «الأهل» مع أنّ غيرهم أيضا مرخّص، لأجل حصول مشيئة القضاء فيهم غالبا، دون غيرهم. و الموثّق- كالصحيح- المحكىّ عن زيادات التهذيب، عن أبى بصير: «قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل سافر فى رمضان فأدركه الموت قبل أن يقضيه قال: يقضيه أفضل أهل بيته» «۳». دلّ- بعد قيام الدليل على عدم وجوب القضاء على أفضل أهل البيت- على استحباب تفويض

الوليّ القضـاء إليه إن لم يكن هو وليّا، و على عـدم تفويضه إلى غيره إن كان هو الولى. و اسـتدلّ الحلىّ «۴» و من تبعه «۵» على عدم سقوطه بفعل الغير بما يرجع حاصله إلى أصالـة عـدم السـقوط بعـد كون الوليّ هو المخاطب، و زاد فى الـذكرى: أنّ الصـلاة لا تقبل التحمّل عن الحىّ «۶». و يعرف الجواب عن ذلـك كلّه بما ذكرنا من أنّ الغير ليس متحمّلا عن الوليّ، و إنّما يبرئ ذمّـة الميّت فيرتفع الوجوب عن الوليّ. نعم يمكن أن يستدلّ لهم بمكاتبة الصفّار إلى أبى محمّد العسكرى عليه السلام: «رجل مات و عليه قضاء من شهر رمضـان عشـرة أيّام، و له وليّان، هل يجوز أن يقضـيا عنه جميعا عشـرة أيّام، خمسـة أيام أحـد الوليّين و خمسـة أيّام الآخر؟ فوقّع عليه السـلام: يقضى عنه أكبر وليّيه «۷» عشـرة أيّام ولاء إن شاء اللّه تعالى» «۸». فـإنّ المنع عن إقـدام الوليّين على القضاء بالتوزيع مع كون أحدهما أكبر، يدلّ على عدم جواز تبرّع الأصـغر بقضاء خمسة أيّام. و حمل الأمر بالقضاء على الاستحباب ينافيه- مع كون السؤال عن أصل الجواز- أنّ المستحبّ هو تعجيل إبراء ذمّة الميّت الحاصل بقضاء كلّ منهم خمسة دون صوم الأكبر عشرة ولاء، فالظاهر أنّ الأمر بالولاء لوجوب المبادرة إلى إبراء الذمـة، ففيه دلالة على عدم جواز تبرّع غير الوليّ، مضافا إلى اقتضاء تطابق الجواب و السؤال لذلك.

و على أىّ تقـدير: فقـوله عليه السـلام: «يقضـى عنه» ليس مسـتعملا فى الوجوب بقرينـة تقييـده بالولاـء، فليت شـعرى كيف اسـتدلّ به المشهور على وجوب تقديم الأكبر عند تعدّد الأولى بالإرث. إلّا أن يقال: إنّ الاستحباب مناف لوجوب المبادرة إلى إبراء ذمّة الميّت، فلو جاز لغير الوليّ القضاء لم يرجّح انفراد الوليّ به على المشاركـة. فظاهر الروايـة لو حمل على الوجوب نافى مذهبهم فى جواز تبرّع الغير، و لو حمل على الاستحباب لم يـدلّ على مـذهبهم بتعيّن القضاء على الأكبر. ثمّ إنّ ما ذكرنا من سـقوط القضاء عن الميّت بفعل الغير يعمّ المتبرّع، و الموصى إليه، و المستأجر. أمّا المتبرّع: فلا فرق فيه بين أن يقع بإذن الوليّ أو بدون إذنه، إذ المفروض عدم تحمّله شيئا عن الوليّ حتّى يحتاج إلى إذنه. و أمّا الموصى إليه:

فإن قبل الوصيّة وجب عليه الفعل و لو كان تبرعا أو أوصـى بالاستئجار من مال الموصى اليه على ما يظهر من الذكرى «۹» و المحكيّ عن ابن طاوس «۱۰» و غير واحد من المعاصرين «۱۱»،

بل فى المناهل دعوى ظهور الاتّفاق عليه «۱۲» و عن التذكرة: أنّه إذا أوصى الإنسان بوصيّة فإنّ وصيّته تنفذ و يجب العمل بها إجماعا «۱۳». و فى دلالته على المدّعى نظر.

نعم اسـتدلّ عليه بعموم حرمة تبديل الوصـيّة المستفاد من الآية «۱۴» و من الأخبار «۱۵» المستشـهدة بالآية. و يظهر من العبارة المحكيّة عن التـذكرة أنّ هـذا النحو من قبول الوصـيّة بمنزلـة الوعـد لاـ يجب الوفاء به، قال- فى مقام الاسـتدلال على وجوب قضاء الصوم عن المرأة برواية أبى بصـير: «عن امرأة مرضت فى شـهر رمضان و ماتت فى شوّال، فأوصـتنى أن أقضـى عنها، قال: هل برئت من مرضـها؟ قلت: لا، قال: لا تقضـى عنها فإنّ اللّه تعالى لم يجعله عليها، قلت: فإنّى أشـتهى أن أقضى عنها و قد أوصتنى بذلك، قال: كيف تقضى شيئا لم يجعله اللّه عليها، فإن اشـتهيت أن تصوم فصم لنفسك» «۱۶»: استفسـر عليه السلام عن حصول البرء أوّلا، و لو لم يجب القضاء مع البرء لم يكن للسّؤال معنى. ثمّ قـال: لاـ يقـال: قـد حصـلت الوصـيـة فجـاز أن يكون الوجوب بسـببها. لأنا نقول: الوصـيـة لا تقتضـى الوجوب، أمـا مع عـدم القبول فظـاهر، و أمـا مع القبول فلأنّه راجع إلى الوعـد «۱۷» (انتهى). و كيف كان: فهل الوصـيّة النافذة تسـقط الوجوب عن الوليّ، أم لا؟ صـريح الشهيدين «۱۸» و صاحب الموجز «۱۹» و شارحه «۲۰» و صاحب الذخيرة «۲۱» ذلك، و لعلّه «۲۲» لأـنّ بعـد فرض وجـوب العمـل بوصـيّته لاـ يجب الفعـل الواحـد عينـا على مكلّفين، و إرجـاعه إلى الوجـوب الكفـائى مخالفـة لظـاهر التكليفين، و الحكم بالوجوب على الوليّ مناف لفرض نفوذ الوصيّة، فإنّ التحقيق أنّ دليل وجوب العمل بالوصيّة حاكم على أدلّة مثل هذا الحكم، أعنى الوجوب على الوليّ، و إلّا فكلّ واقعة قبل تعلّق الوصـيّة بها لها حكم غير ما تقتضـيه الوصيّة، و لذا لم يستدلّ الشهيد رحمه اللّه «۲۳» و من تبعه «۲۴» على السـقوط بأزيد من أنّ العمل بما رسمه الموصى واجب. نعم زاد صاحب الذخيرة: أنّ المتيقن من موارد الوجوب على الولى مـا إذا لم يوص الميت «۲۵». و لا بأس به، لأنّ الظاهر من قول السائل: «يموت الرجل و عليه صـلاة أو صيام من يقضيه؟» «۲۶» فرض عدم وجود من أقدم على إبرائه و وجب عليه ذلك. و ربّما يقال أيضا: إنّ النسبة بين أدلّة الوجوب على الوليّ

و أدلّة وجوب العمل بالوصيّة

المكاسب، ج۴، ص ۳۴۴ عموم من وجه، و الترجيح مع أدلّة الوصيّة. و فيه نظر، بل التحقيق الحكم بحكومة أدلّة الوصيّة كما يحكم فى سائر الموارد، لما عرفت من أنّ كلّ وصيّة فهى ترد على واقعة لها حكم و دليل لو لا الوصيّة، فلا يعارض بدليلها أدلّة الوصيّة، فلاحظ، فأدلّة العمل بالوصيّة شبيهة بأدلّة النذر و شبهه. و يظهر من شرح الوحيد البهبهانى:

عدم السقوط عن الولىّ بالوصيّة، بل يكون الوجوب عليهما نظير الكفائى «۱». فإن أراد به كون الوجوب كذلك من أوّل الأمر و حين موت المقضىّ عنه، ففيه نظر عرفت وجهه. و إن أراد أنّ السقوط مراعى بفعل الوصىّ، فلا تبرأ ذمّته مطلقا إلّا بعد فعله، و لو تركاه استحقّا العقاب، فلا بأس به، لكن لا يجب تحصيل العلم أو الظنّ على الولىّ بقيام الوصىّ به، بل لو ظهر له فواته من الوصىّ بحيث لا يمكن له الإتيان بموته أو نحوه، تعيّن على الولىّ، للعمومات السليمة عن المعارض. إلّا أن يقال- بعد تسليم ما ذكر سابقا من كون مورد الحكم فى الأخبار غير صورة إيصاء الميّت-: لا دليل على عود الوجوب بعد تحقّق السقوط. و أمّا الاستيجار: فلا كلام فيه من حيث براءة ذمّة الميّت بفعل الأجير إذا فعلها على الوجه الصحيح، سواء كان له ولىّ فكان المستأجر هو أو غيره، أم لم يكن له ولىّ. و إنّما الكلام فى صحّة الاستيجار و عدمها. و الثمرة بعد الاتّفاق على الصحّة، لو وقع من الأجير صحيحا كما لو وقع من غيره من فى أمرين: أحدهما: انتقال مال الأجرة إلى الأجير. و الثانى: أنّ كون الداعى للعمل هو تحصيل استحقاق الأجرة غير قادح فى نيّة القربة المعتبرة فى جميع العبادات. فنقول: أمّا صحّة الاستيجار: فالحقّ صحّته وفاقا للمعظم، لوجوه:

الأوّل: الإجماعات المستفيضة عن جماعة كالشهيد قدّس سرّه حيث قال فى الذكرى: إنّ هذا النوع ممّا انعقد عليه إجماع الإماميّة الخلف و السلف، و قد تقرّر أنّ إجماعهم حجّة قطعية «۲» (انتهى). و حكى الإجماع أيضا عن الإيضاح «۳» و جامع المقاصد «۴» و إرشاد الجعفرية «۵». بل عن ظاهر مجمع الفائدة أيضا «۶»، و عن بعض الأجلّة- كأنّه صاحب الحدائق- عدم الخلاف فى المسألة «۷». و يؤيّد ذلك- مضافا إلى الشهرة العظيمة، إذ لم يخدش فى ذلك إلّا صاحبا الكفاية «۸» و المفاتيح «۹»- استقرار سيرة الشيعة فى هذه الأعصار و ما قاربها من المجتهدين و العوام و المحتاطين على الاستيجار و الإيصاء به. و يدلّ على المسألة- مضافا إلى ما عرفت- أنّ المقتضى لصحّة الاستيجار موجود و المانع مفقود، لاتّفاق المسلمين على أنّ كلّ عمل مباح «۱۰» مقصود للعقلاء لا يرجع نفعه الى خصوص العامل و لم يجب عليه يجوز استئجاره عليه، و منع «۱۱»

تحقّق الإجماع فى خصوص كلّ مقام ضرورى الفساد عند أدنى محصّل، إذ لم تسمع المناقشة فى هذه القاعدة و مطالبة الدليل على الصحّة فى كلّ مورد من الأعمال المستأجر عليها كما فى الأعيان المستأجرة. هذا كلّه مضافا إلى العمومات الدالّة على صحّة إجارة الإنسان نفسه، كما فى رواية تحف العقول «۱۲» و غيرها «۱۳» و عمومات الوفاء بالعقود «۱۴» و حلّ أكل المال بالتجارة عن تراض «۱۵» و عمومات الصلح إذا وقعت المعاوضة على جهة المصالحة «۱۶». و بالجملة: فالأمر أظهر من أن يحتاج إلى الإثبات. ثمّ إنّ ما ذكره المخالف فى المقام لا يوجب التزلزل فيما ذكرناه من الدليل، إذ المحكىّ عن المحدّث الكاشانى فى المفاتيح ما هذا لفظه: «أمّا العبادات الواجبة عليه الّتى فاتته، فما شاب منها المال كالحجّ يجوز الاستئجار له كما يجوز التبرّع به عنه بالنصّ و الإجماع، و أمّا البدنىّ المحض- كالصلاة و الصيام- ففى النصوص أنّه «يقضيها عنه أولى الناس به» «۱۷»، و ظاهرها التعيّن عليه، و الأظهر جواز التبرّع بهما عنه من غيره أيضا. و هل يجوز الاستيجار لهما عنه؟ المشهور نعم، و فيه تردّد، لفقد نص فيه، و عدم حجّيّة القياس حتّى يقاس على الحجّ أو على التبرّع، و عدم ثبوت الإجماع بسيطا و لا مركّبا، إذ لم يثبت أنّ كلّ من قال بجواز التبرّع «۱۸» قال بجواز الاستيجار لهما. و كيف كان: فلا يجب القيام بالعبادات البدنيّة المحضة بتبرع و لا استئجار، إلّا مع الوصيّة» «۱۹» (انتهى). و الظاهر أنّ استثناء الوصيّة من نفى الوجوب رأسا، فيجب مع الوصيّة فى الجملة، لا مطلقا حتّى يشمل الوصيّة بالاستئجار، كما زعمه بعض فأورد عليه بأنّه لا تأثير للوصيّة فى صحّة الاستيجار. و كيف كان: فحاصل ما ذكره- كما حصّله بعض- يرجع إلى التمسّك بالأصل. فإن أراد أصالة الفساد بمعنى عدم سقوطه عن الولىّ و عدم براءة ذمّة الميّت، ففيه أنّه لا يعقل الفرق بين فعل الأجير إذا وقع جامعا لشرائط الصحّة و

فعل المتبرّع فى براءة ذمّـة الميّت و الولىّ فى الثانى دون الأوّل و إن قلنا بفساد أصل الإجارة. و دعوى عدم وقوع فعل الأجير صـحيحا، لعدم الإخلاص- مع أنّه كلام آخر يأتى الإشارة إليه- مدفوعة بأنّه قد لا يفعله الأجير إلّا بنيّة القربة، إذ الاستيجار لا يوجب امتناع قصد القربة. و إن أراد به أصالة فساد الإجارة، بمعنى عدم تملّك الأجير للأجرة المسـمّاة و عدم تملّك المسـتأجر العمل على الأجير ليترتّب عليه آثاره، ففيه ما عرفت سابقا من أنّه لا معنى لمطالبـة النصّ الخاصّ على صـحّة الاستيجار لهذا العمل الخاصّ من بين جميع الأعمال الّتى يعترف بصـحّة الاستيجـار عليهـا من غير توقف على نص خاصّ، فهل تجـد من نفسك التوقّف فى الاستيجار لزيارة الأئمـة عليهم السـلام من جهـة عدم النصّ الخاصّ، و كون إلحاقه قياسا محرّما؟. و الحاصل: أنّ التوقّف فى صـحّة الاستيجار فى هذا المورد الخاصّ من جهـة عـدم الـدليل فى غايـة الفسـاد، مضافـا إلى مـا عرفت سابقا من وجود النصّ على صـحّة الاستيجار على الصوم، أو على ما هو بمنزلـة الاستيجار- كالجعالـة و المصالحـة- مثل ما عن الصـدوق فى الفقيه، عن عبد اللّه بن جبلة، عن إسـحاق ابن عمّار، عن أبى عبد اللّه عليه السـلام: «فى رجل جعل عليه صـياما فى نـذر فلا يقوى. قال: يعطى من يصوم عنه كلّ يوم مـدّين» «۲۰» فإنّ غاية الأمر حملها على الاسـتحباب على فرض انعقاد الإجماع على عـدم وجوب الاسـتنابة عنـد العجز، لكنّه كاف فى إثبات المشـروعيّة. ثمّ إنّ لصاحب المفاتيـح دعوى أخرى فى هذا المقام من جهة عدم قصد التقرّب فيما يفعله الأجير، تبع فيه بعض من تقدّمه، قال فى المفاتيح- على ما حكى عنه- ما هـذا لفظه: «و الّـذى يظهر لى أنّ ما يعتبر فيه التقرّب لا يجوز أخذ الأجرة عليه مطلقا، لمنافاته الإخلاص، فإنّ النيّة- كما مضى- ما

المكاسب، ج۴، ص ۳۴۵

يبعث على الفعل، دون ما يخطر بالبال. نعم يجوز فيه الأخذ إن اعطى على وجه الاسترضاء أو الهدية أو الارتزاق من بيت المال من غير تشـارط. و أمّـا مـا لاـ يعتبر فيه ذلـك، بل يكون الغرض منه مجرّد صـدور الفعل على أىّ وجه اتّفق، فيجوز أخـذ الأجرة عليه مع عـدم الشـرط فيما له صورة العبادة فيكون مسـقطا للعقاب عمّن وجب عليه و إن لم يوجب الثواب له. و أمّا جواز الاستيجار للحـجّ- مع كونه من القسم الأوّل- فلأنّه إنّما يجب بعـد الاستيجار و فيه تغليب لجهـة الماليّـة، فإنّه إنّما يأخـذ المال ليصـرفه فى الطريق حتّى يتمكّن من الحـجّ، و لاـ فرق فى صـرف المـال فى الطريق بين أن يصـدر من صاحب المال أو نائبه. ثمّ إنّ النائب إذا وصل إلى مكّـة و تمكّن من الحجّ أمكنه التقرّب به، كما إذا لم يكن أخذ أجرة فهو كالمتطوّع. أو نقول: إنّ ذلك أيضا على سبيل الاسترضاء للتبرّع، أما الصـلاة و الصوم فلم يثبت جواز الاستيجـار لهمـا كما مرّ» «۱». و ربما يسـتفاد هـذا من كلام بعض من سـبقه كما سيجىء. و الجواب عنه، أوّلا: بـالنقض ببعض الواجبـات و المسـتحبّات المعتبر فيها التقرّب، كالحـجّ و صـلاة الطواف و الزيارات المنـدوبات إذا وقعت الإجارة على نفس الأفعـال فقـط أو مع المقـدّمات. و دعوى خروجها بالنص و الإجماع إن رجعت إلى دعوى عـدم اعتبار القربـة فيها كانت فاسـدة بالبداهة، و إن رجعت إلى دعوى الفرق بينها و بين الصـلاة و الصوم فى منافاة الأجرة لقصد القربة فيهما دونها، فأظهر فسادا من الأوّل، ضرورة اتّحاد القربة المعتبرة فى جميع العبادات. و أمّا ثانيا: فبالحلّ، و قد تقرّر بما حاصله: جعل التقرّب صفة للفعل و استحقاق الأجرة غاية، فيقال: إنّ النيّة مشـتملة على قيود: منها كون الفعل خالصا للّه سـبحانه، و منها كونه أداء أو قضاء، عن نفسه أو عن الغير، بأجرة أو بغيرهـا، و كـلّ من هـذه القيود غير مناف لقصـد الإخلاص، و الأجرة فيما نحن فيه إنّما وقعت أوّلا و بالـذات بإزاء القيـد الثانى- أعنى النيابـة عن زيـد- بمعنى أنّه مسـتأجر على النيابـة عن زيـد بالإتيان بهـذه الفريضة المتقرّب بها، و قيد القربة فى محلّه على حالة لا تعلّق للإجارة إلّا من حيث كونه قيدا للفعل المسـتأجر عليه. نعم لو اشترط فى النيابة عن الغير التقرّب زيادة على التقرّب المشـروط فى صحّة العبادة، اتجه منافاة الأجرة لـذلك، إلّا أنّه ليس بشـرط إجماعا. و بالجملـة: فإنّ أصل الصـلاة مقصود بها وجهه سـبحانه، لكنّ الـداعى عليها و الباعث عليها مع التقرّب هو هـذا المبلغ الّـذى قرّر له. و لذلك نظائر فى الشـرع يوجب رفع الاسـتبعاد، مثل صـلاة الاستسـقاء و الاسـتخارة و طلب الحاجة و الولد و الرزق، و نحوها ممّا كان الباعث عليها أحد الأغراض، فإنّ أصل الصلاة مقصود بها وجهه سبحانه و يتقرّب بها إليه جلّ ذكره، و لكن الحامل عليها أخذ الأمور المذكورة، بمعنى أنّه يأتى بالصـلاة الخالصة لوجه اللّه لأجل هذا الغرض

الحامل عليها «۲» (انتهى). و لا يخفى ما فيه، لابتناء ما ذكره المحدّث المتقدّم على اعتبار كون القربة و الإخلاص داعيا و حاملا على الفعل بحيث لا يشركه بغيره و هو الحقّ الّذى لا محيص عنه، فجعل الغرض و الداعى أمرا آخر مخالف لذلك. مع أنّ كون القربة و الإخلاص من قبيل الأداء و القضاء من قيود الفعل لا محصّل له، بناء على أنّ قصد القربة عبارة عن قصد امتثال أمر اللَّه و طلب رضا اللَّه بذلك الفعل. فالتحقيق فى الجواب أن يقال: قد عرفت سابقا أن معنى النيابة هو تنزيل الشخص منزلة الغير فى إتيان العمل الخاصّ، و قد عرفت أيضا مشروعيّته و رجحانه، و مقتضى هذا التنزيل كون الفعل المقصود به حصول التقرّب و الثواب موجبا لتقرّب ذلك الغير، لا العامل، لأنّه لم يتقرّب بذلك الفعل إلّا بعد تنزيل نفسه منزلة المنوب عنه، فصار المنوب عنه هو المتقرّب، و لذا يعود النفع إليه. ثم إنّ هذا التنزيل هو بنفسه فعل يمكن أن يقع للدواعى المختلفة، فقد يكون الداعى ما حكم العقل و النقل به من حسن هذا التنزيل و أنّه محبوب للَّه تعالى و أنّ الفاعل يثاب عليه، فلا يوقع هذا التنزيل إلّا للَّه تعالى. و قد يكون الداعى عليه حبّ ذلك الغير لأمر دنيوى- كقرابة أو صداقة أو إحسان يريد مكافأته أو غير ذلك- من غير التفات إلى كون هذا التنزيل ممّا أمر به استحبابا و أراده الشارع، و هذا هو الأكثر فى العوام حيث لا يكون الداعى و الحامل لهم على العمل إلّا ما يسمع من وصول النفع إلى الميّت بهذه العبادة أو هذه الصدقة، و لا يلتفتون إلى وصول

نفع و ثواب إليهم، بل لا يعتقدونه، بل قد لا يصدّقون من يخبرهم بذلك قائلين: إنّا نفعل هذا و ثوابه لميّتنا، و لا شكّ أنّ النيابة بهذا القصد لا يوجب عدم صحّة العمل، لأنّ التقرّب على وجه النيابة حاصل. نعم النيابة على وجه التقرّب غير حاصل، و الموجب لصحّة الفعل على وجه النيابة هو الأوّل، و الثانى يعتبر فى صحّة نفس النيابة الّتى هى عبادة باعتبار تعلّق الأمر الاستحبابى به عقلا و نقلا. إذا عرفت هذا فنقول: كون الداعى على النيابة و تنزيل نفسه منزلة الغير فى إتيان الفعل تقرّبا إلى اللَّه هو مجرّد استحقاق الأجرة، إنّما يوجب عدم الخلوص و التقرّب فى موافقة أوامر النيابة و عدم حصول ثواب للنائب، لعدم امتثاله أوامر النيابة و عدم إخلاصه فيها، و هذا لا يوجب عدم صحّة العمل الّذى جعل نفسه فيه بمنزلة الغير و أتى به عنه تقرّبا إلى اللَّه، فالنيابة عن الميّت لمجرّد استحقاق الأجرة كالنيابة عنه لمجرّد محبّة الميّت لكونها زوجة للنائب قد شغفته حبّا لحسنها، بحيث لا يريد من صدقاته و عباداته عنها إلّا مجرّد إيصال الثواب إليها، أو كالنيابة عنه لكونه محسنا إليه فى أيّام حياته و معينا له فى أمر دنياه أو دينه. نعم لو نوى الأجير النيابة عن الميّت لأجل إيصال النفع إلى أخيه المؤمن و لأجل امتثاله للوجوب الحاصل من جهة وجوب الوفاء بالعقود، كان مثابا فى عمله مأجورا فى الدنيا و الآخرة. و عليه يحمل ما ورد من قول الصادق عليه السلام لمن استأجره للحجّ عن إسماعيل- بعد ما شرط آدابا كثيرة-: «انه إذا فعلت كذلك كان لإسماعيل واحد بما أنفق من ماله، و لك تسعة بما أنعمت من ربّك» «۳». ثمّ إنّ هنا كلمات للفقهاء لا بأس بإيرادها ليعلم حالها بمقايسة ما ذكرنا من التوجيه فى نيّة التقرّب، و أنّ ما ذكره المحدّث الكاشانى «۴» موافق لبعضها، فنقول- تعويلا على ما حكى عنهم-: قال فى القواعد: و كذا

المكاسب، ج۴، ص ۳۴۶

لو آجر نفسه للصلاة الواجبة عليه، فإنّها لا تقع عن المستأجر، و هل تقع عن الأجير؟ الأقوى العدم. «۱» (انتهى). و حكى اختيار عدم وقوعها عن الأجير عن الإيضاح «۲» و جامع المقاصد «۳» معلّلا بأنّ الفعل الواحد لا يكون له غايتان متنافيتان، إذ غاية الصلاة التقرّب و الإخلاص خاصّة، و غاية العبادة فى الفرض حصول الأجرة، و لأنّه لم يفعلها عن نفسه لوجوبها عليه بالأصالة [بل لوجوبها عليه بالإجارة لمكان أخذ العوض فى مقابلها، فلا يكون هى الّتى فى ذمّته، لأنّ الّتى فى ذمّته هى الواجبة عليه بالأصالة] «۴». و وجه غير الأقوى أنّ ذلك علّة و باعث فى حصول الداعى إلى الصلاة الجامعة لما يعتبر فى صحّتها، فكان كالأمر بالصلاة و نحوها ممّن يطاع، و كما فى الاستيجار للصلاة عن الميّت و الحج و غيرها من العبادات، و علّيته للداعى لا تبطل الفعل. و أجاب فى جامع المقاصد بأنّ العلّة متى نافت الإخلاص و كانت غاية اقتضت الفساد، و العلّة و الغاية هنا حصول الأجرة «۵». و حكى عن الإيضاح ما فى معنى هذا، و زاد: إنّ الإجماع فرّق بين هذه الصورة و الاستيجار عن الميّت «۶». و عن جامع المقاصد: أنّه متى لحظ فى الصلاة عن الميّت فعلها

لحصول الأجرة كانت فاسدة «۷». (انتهى ما حكى عن هؤلاء فى هذا المقام) و عليك بالتأمّل فيها و فيما ذكرناه قبل ذلك. ثمّ إنّ بما ذكرنا يعلم أنّه لا حاجة فى صلاة الاستيجار إلى قصد التقرّب باعتبار الوجوب الحاصل بالإجارة- كما زعمه بعض «۸»- لأنّ ذلك الوجوب توصّلى لا يحتاج سقوطه إلى قصده، و جعله غاية و التقرّب المحتاج إليه فى صحة الصلاة لتبرّى ذمّة المنوب عنه لا يعقل أن يكون باعتبار ذلك الوجوب التوصّلى، و إلّا للزم الدور، فإنّ صحّة الاستيجار الّتى يتوقّف عليها حصول الوجوب موقوفة على فعل الصلاة عن النائب متقرّبا إلى اللّه، فكيف يكون فعله بقصد التقرّب موقوفا على حصول الوجوب؟! اللّهم إلّا أن يقال: فعله عن الميّت متقرّبا إلى اللّه شيء ممكن قبل الإجارة باعتبار رجحان النيابة عن الغير فى العبادات عقلا و نقلا، فإذا وقع فى حيّز الإجارة تبدّلت صفة ندبه بصفة الوجوب، كما فى صلاة التحيّة الّتى تقع فى حيّز النذر. و فيه نظر، مع أنّ ما ذكر من قصد التقرّب باعتبار الوجوب الحاصل بالإجارة إنّما يصحّح الفعل المستأجر عليه، أمّا إذا وقعت المعاوضة على وجه الجعالة، أو أمره بالعمل عن الميّت، فعمل رجاء للعوض من دون سبق معاملة، فلا يجرى ما ذكره، لعدم الوجوب، فينبغى أن لا يصحّ فعله له لداعى استحقاق العوض، مع أنّ الظاهر عدم القول بالفصل بين الإجارة و الجعالة و فعل العمل عقيب أمر الآمر به غير ناو للتبرّع. ثمّ إنّ المحقّق القمىّ رحمه اللّه فى بعض أجوبة مسائله ذكر أنّ الاعتماد فى صحّة الاستيجار للعبادة على الإجماعات المنقولة، دون ما ذكره الشهيد فى الذكرى من الاستدلال عليه بمقدّمتين إجماعيّتين الراجع إلى ما ذكرنا فى الوجه الثانى من وجود المقتضى و انتفاء المانع. إحداهما: إنّ العبادة عن الغير يقع عنه و يصل اليه نفعه، و هذه المقدّمة ثابتة بإجماع الإمامية و النصوص المتواترة. و الثانية: إنّ كل أمر مباح يمكن أن يقع للمستأجر يجوز الاستيجار له، و هذه أيضا إجماعية. و علّل عدم الاعتماد على هذا الاستدلال بأنّه مستلزم للدور، و لم يبيّن وجهه فى ذلك الموضع، بل إحالة إلى بعض مؤلّفاته «۹». و كأنه أراد بالدور ما ذكرنا، بناء على أنّ قصد التقرّب المعتبر فى المقدّمة الاولى من دليله- و هى وقوع العمل عن الغير و وصول نفعه إليه- موقوف على النتيجة، و هى صحّة استئجاره للعمل عن الغير ليحصل الأمر فيقصد التقرّب بامتثال هذا الأمر، إذ مع قطع النظر عن الإجارة لم يتعلّق أمر بإيقاع العمل عن الغير فى مقابل العوض حتّى يتصوّر فيه قصد التقرّب. نعم تعلّق الأمر فى الأخبار الكثيرة بإيقاع العمل عن الميّت تبرّعا، «۱۰» و هذا ليس منه «۱۱». و قد عرفت ممّا ذكرنا فى بيان قصد التقرب أنّ التقرّب إنّما يقصد فى الفعل الّذى يتعلّق به النيابة لا فى نفسها. و الحاصل أنّ النائب ينزّل نفسه لأجل العوض أو غرض دنيوى آخر منزلة الغير فى إيقاع الفعل تقرّبا إلى اللّه، لا أنّه ينزّل نفسه قربة إلى اللّه و امتثالا لأمره منزلة الغير فى إيقاع الفعل، حتّى يقال: إنّه موقوف على وجوب النيابة أو استحبابها و لم يثبت إلّا تبرّعا، و وجوبها فرع صحّة الإجارة المتوقّفة على إحراز القربة المصحّحة قبل الإجارة حتّى يصح تعلّق الإجارة. ثمّ إنّ ما ذكرنا من الاتّفاق على صحّة الاستيجار لا ينافى ما تقدّم من الخلاف فى جواز استئجار الولىّ، لأنّ الكلام هناك فى سقوطه عن الولى

بالاستئجار لا فى صحّته، فالقائل بالاستئجار و بعدم جوازه من الولىّ لا يمنع من الاستيجار إذا لم يكن ولىّ أو أوصى الميّت بالاستئجار أو استأجر متبرّع من ماله، كما أنّ المانع من الاستيجار لا يمنع تبرّع غير الولىّ بالعمل كما عرفت من المحدّث الكاشانى «۱۲».

فالنسبة بين القول بصحة الاستئجار و صحّة قيام غير الولىّ بالعمل بإذنه أو بدون إذنه، عموم من وجه.

فرع

الظاهر أنّه لا يجوز استئجار العاجز عن الأفعال الواجبة كالقيام و لو كان الفائت من الميّت كذلك، لانصراف أمر القضاء أو الاستيجار إلى الفعل التام. فلو آجر نفسه للعمل فطرأ عليه العجز عن أفعال الصلاة الاختيارية- كالقيام- فاحتمل فى الجعفريّة انفساخ العقد، و تسلّط المستأجر على الفسخ، و الرجوع بالتفاوت، و الإتيان بمقدوره، قال: و هذا أضعفها «۱۳» (انتهى). و الظاهر أنّ هذه الاحتمالات مع تعيّن المباشرة عليه، و إلّا وجب الاستنابة كما لو مات. ثمّ إنّ الأوفق بالأصول الانفساخ، لعدم تمكّنه من العمل المستأجر عليه «۱۴».

المكاسب، ج۴، ص ۳۴۷

۴- رسالة فى المواسعة و المضايقة

اشارة

بسم اللّه الرحمن الرحيم

مسألة اختلفوا فى وجوب تقديم الفائتة على الحاضرة على أقوال:

أحدها: عدم الوجوب مطلقا

، و هو المحكى عن الحلبى فى كتابه «۱»- الذى استحسنه أبو عبد اللّه صلوات اللّه عليه بعد عرضه عليه- «۲» و عن الحسين بن سعيد «۳»، بل عن أخيه الحسن أيضا- بناء على أنّ ماله من الكتب كان لأخيه أيضا- «۴»، و عن أبى جعفر أحمد بن محمّد بن عيسى الأشعرى القمى «۵» و محمّد بن علىّ بن محبوب «۶»، و عن الصدوقين «۷»، و عن الجعفى صاحب الفاخر- المعروف فى كتب الرجال- بأبى الفضل الصابونى «۸»

الذى يروى عنه الشيخ و النجاشى بواسطتين- و عن الشيخ أبى عبد اللّه الواسطى- من مشايخ الكراجكى- و المعاصر للمفيد قدّس سرّه حيث قال- فى مسألة «من ذكر صلاة و هو فى اخرى»- : إنّه قال أهل البيت عليهم السلام: «يتمّ التى هو فيها، و يقضى ما فاته» و به قال الشافعى، ثمّ ذكر خلاف باقى الفقهاء «۹». و فى المحكى عن موضع آخر من كتابه أنّه قال: دليلنا على ذلك ما روى عن الصادق عليه السلام: أنّه قال: «من كان فى صلاة ثمّ ذكر صلاة أخرى فائتة أتمّ التى هو فيها، ثمّ قضى ما فاته» «۱۰». و عن الشيخ قطب الدين الراوندى- من مشايخ ابن شهر آشوب- «۱۱» و عن الشيخ سديد الدين محمود الحمصى «۱۲» و الشيخ الإمام أبى طالب عبد اللّه بن حمزة الطوسى «۱۳» و الشيخ أبى علىّ الحسن بن طاهر الصورى «۱۴» و عن الشيخ يحيى بن حسن بن سعيد- جدّ المحقق- «۱۵» و عن ولد ولده ابن سعيد- ابن عمّ المحقق- فى الجامع «۱۶» و عن السيّد الأجلّ علىّ بن طاوس «۱۷» و عن العلّامة فى كثير من كتبه «۱۸» و عن والده «۱۹» و ولده «۲۰» و ابن أخته السيّد عميد الدين «۲۱» و أكثر من عاصره «۲۲» و الشهيد «۲۳» و المحقّق الثانى «۲۴» و ولده «۲۵» و السيورى «۲۶»

و ابن القطّان «۲۷» و ابن فهد «۲۸» و الصيمرى «۲۹» و الشهيد الثانى «۳۰» و ولده «۳۱» و تلميذه «۳۲» و ولد ولده «۳۳» و الشيخ البهائى «۳۴» و المحقّق الأردبيلى «۳۵» و المحقّق الجواد الكاظمى «۳۶» و الفاضل الهندى «۳۷» و السيّد المحدّث نعمة اللّه الجزائرى «۳۸» و ولد ولده السيّد عبد اللّه «۳۹»- فى شرح النخبة- «۴۰» و المحقّق الوحيد البهبهانى «۴۱» و أكثر تلامذته، منهم السيّد محمّد مهدى الطباطبائى «۴۲» و الشيخ الوحيد الفقيه الشيخ جعفر «۴۳» و جماعة من علماء البحرين «۴۴» و أكثر المعاصرين، بل كلّهم «۴۵» و قدصرّح جماعة بدعوى الشهرة عليه مطلقا «۴۶» أو بين المتأخّرين «۴۷».

و هؤلاء- مع اتّفاقهم على جواز تقديم الحاضرة- بين من يظهر منه وجوبه- كما عن ظاهر جماعة من القدماء- «۴۸» فيكون الفائتة بالنسبة إلى الحاضرة كالكسوفين بالنسبة إليها- عند جماعة- «۴۹» و بين من يظهر منه استحبابه كما عن ظاهر بعضهم، و صريح أبى على الصورى- المتقدّم إليه الإشارة «۵۰»- و بين من نصّ على استحباب تقديم الفائتة «۵۱»

و من نصّ على استحباب تأخير الحاضرة استنادا إلى الاحتياط لأجلها، و من يظهر منه التخيير المحض بالنسبة إلى ما عدا الفائتة الواحدة و فائتة اليوم كما عن رسالة الملاذ للمحقّق المجلسى «۵۲» حيث حكم بأنّ الأحوط تقديم الفائتة الواحدة، و فائتة اليوم، و أمّا مطلق الفوائت فالظاهر عدم وجوب تقديمها، بل و لا أفضليته (انتهى). لكنّ الإنصاف أنّ هذا ليس قولا بالتخيير، لأنّ عدم أفضلية

تقديم الفائتة يلزمه القول برجحان تقديم الحاضرة، لعمومات «۵۳» رجحان تقديمها «۵۴» فإنّ من يقول برجحان تقديمها لا يقول إلّا لأجل العمومات و النصوص الدالّة على رجحان تقديمها على الفائتة، لأجل إدراك فضيلة وقت الحاضرة، فتأمّل. و على كلّ حال فيمكن القول باستحباب تأخير الحاضرة لمراعاة الاحتياط الغير اللّازم، مع استحباب تقديم الحاضرة، إمّا لعموم فضيلة أوّل الوقت «۵۵» و إمّا للنصوص الخاصّة «۵۶»، و لا منافاة بين الاستحبابين، كما نقول: إنّ الإتمام فى الأماكن الأربعة أفضل، و القصر أحوط. بل يمكن القول باستحباب تقديم الحاضرة من جهة عمومات فضيلة أوّل الوقت و استحباب تقديم الفائتة إمّا بالخصوص «۵۷» أو لأدلّة المسارعة إلى الخير «۵۸»، فتأمّل. و الحاصل: أنّ لكلّ من استحباب تقديم الحاضرة و استحباب تقديم الفائتة وجوها ثلاثة: النصّ الخاصّ المحمول على الاستحباب، و عمومات‌المبادرة إلى الطاعات، و الاحتياط بناء على وجود القول بوجوب تقديم الحاضرة كالقول بوجوب تقديم الفائتة، و يزيد استحباب تقديم الحاضرة بوجه رابع و هو ما دلّ على فضيلة أوّل الوقت لها، حيث إنّ لخصوصيّة الجزء الأوّل من الوقت مدخلا فى الفضيلة، لا أنّ ذلك لمجرّد رجحان المبادرة إلى إبراء الذمّة، على ما يومئ إليه بعضها «۵۹». فعليك بالتأمّل فيما يمكن اجتماعه من وجوه استحباب تقديم الفائتة، مع وجوه استحباب تقديم الحاضرة، و سيجىء لهذا مزيد بيان عند ذكر الأخبار الواردة فى الطرفين إن شاء اللّه. و كيف كان ففى صور الاجتماع نحكم باستحباب كلّ من الأمرين على سبيل التخيير، فإن علم من دليل خارج أهميّة أحدهما حكم بمقتضاه من دون سقوط الآخر عن الاستحباب. و هذا بخلاف الواجبين المتزاحمين إذا علم من الخارج أهميّة أحدهما، فإنّه يحكم بسقوط وجوب الآخر، خلافا لمن أنكر الترجيح بالأهميّة كالفاضل التونى فى الوافية «۶۰»، و لمن اعترف به «۶۱» مع حكمه ببقاء الآخر على صفة الوجوب على تقدير اختيار المكلّف ترك الأهم. و ضعف كلا القولين، و بيان الفرق بين المستحبين المتزاحمين مع أهمّيّة أحدهما، و الواجبين كذلك، موكول إلى محلّه.

و الثانى «۶۲»: القول بعدم وجوب الترتيب مع تعدّد الفائتة

، و بوجوبه مع وحدتها. ذهب إليه المحقّق فى كتبه «۶۳» و سبقه إليه الدّيلمى فيما حكى عنه «۶۴» و تبعه إليه صاحب المدارك «۶۵» و قوّاه الشهيد فى نكت الإرشاد «۶۶» و إن عدل عنه فى باقى كتبه «۶۷». و حكى عن صاحب هديّة المؤمنين «۶۸» و عن المختلف «۶۹» نسبة

المكاسب، ج۴، ص ۳۴۸

القول بالمضايقة إلى الديلمى، لكن المحكى «۱» من بعض كلماته التفصيل المذكور حيث قال: إنّ الصلاة المتروكة على ثلاثة أضرب: فرض معيّن، و فرض غير معين، و نفل، فالأوّل يجب قضاؤه على ما فات، و الثانى على ضربين: أحدهما: أن يتعيّن له أنّ كلّ الخمس فأتت فى أيّام لا يدرى عددها. و الثانى: أن يتعيّن له أنّها صلاة واحدة، و لا يتعيّن أىّ صلاة هى. فالأوّل: يجب عليه فيه أن يصلّى مع كلّ صلاة صلاة حتّى يغلب على ظنّه أنّه و فى. و الثانى: يجب عليه أن يصلّى اثنين، و ثلاثا، و أربعا «۲» (انتهى). و ظاهره كما ترى التوسعة فى الفوائت المتعددة. و ممّن يظهر منه اختيار هذا، المحقّق الآبى- تلميذ المحقّق- فيما حكى عنه «۳» من كشف الرموز حيث قال- بعد ما اختار القول بالمضايقة و الترتيب مطلقا «۴» و ذكر تفصيل شيخه المحقّق و مستنده-: «و هو حسن اذهب اليه جزما، و على التقديرات لا يجوز لصاحب الفوائت الإخلال بأدائها إلّا لضرورة، و عند أصحاب المضايقة إلّا لأكل أو شرب ما يسدّ الرمق أو تحصيل ما يتقوّت به هو و عياله و مع الإخلال بها يستحقّ المقت فى كلّ جزء من الوقت «۵» (انتهى).

ثمّ إنّ هؤلاء إنّما صرّحوا بالتفصيل فى الترتيب، و امّا وجوب المبادرة فظاهر صاحب المدارك «۶» عدمه مطلقا، كما أنّ صريح المحكىّ عن هديّة المؤمنين «۷» ثبوته مطلقا، حيث قال: يجب المبادرة إلى القضاء فورا لاحتمال اخترام المنيّة «۸» فى كلّ ساعة، بل لم يرخّص المرتضى «۹» إلّا أكل ما يسدّ الرّمق، و النّوم الحافظ للبدن، و أن لا يسافر سفرا ينافيه، و بالغ فى التضيّق كلّ مبلغ، ثمّ قال: و أمّا الترتيب بين الحاضرة و الفائتة فإن كانت واحدة قدّمها على الحاضرة، و ان كانت أكثر قدّم الحاضرة عليها. و إن أراد تقديم الفوائت

المتعـددة علیهـا مع سـعة الوقت فجـائز أیضـا «۱۰» (انتهی). و ظـاهره جـواز فعـل الفریضـة الحاضـرة مـع فوریّـة الفوائت المتعـدّدة، بل استحبابها قبله، بل المحکیّ «۱۱» عنه التصـریح بجواز فعل النافلـة علی کراهیّـة لمن کانت ذمّته مشـغولة بصـلاة واجبة. و الظاهر أنّه لا یحکم بفساد العبادة مع فوریّة ضدّها الواجب، فیبقی الحاضـرة علی حکم استحباب المبادرة إلیها، لا أنّ الحاضرة و النافلة مستثنیان من فوریّـة فعل الفائتـة، لأنّه لم یتعرّض لحرمـة ما ینافیها حتّی یقبل الاسـتثناء، بل نسب حرمة الأضداد إلی السیّد المرتضـی. و أمّا المحقّق فالمحکیّ عنه «۱۲» فیما عدا الشرائع: التصریح باستحباب تقدیم الفائتة المتعدّدة «۱۳»

بل عن المعتبر «۱۴» و العزیّة «۱۵»: التصـریح بعـدم فوریّتها، و أمّا فی الواحـدة فلیس فی کلماته الموجودة، و المحکیة عنه، إلّا وجوب تقدیمها علی الحاضـرة، من غیر تعرّض للفوریة، بل استظهر «۱۶» من کلامه فی المعتبر و العزیّـة: نفی الفوریة فیها أیضا. و أمّا الشـرائع فقـد قـال فیها- بعـد ذکر أصل وجوب قضاء ما فات من الصـلوات المفروضـة-: و یجب قضاء الفائتـة وقت الـذکر ما لم یتضـیّق وقت حاضرة «۱۷» و تترتّب «۱۸» السابقة علی اللاحقة، کالظهر علی العصـر، و العصـر علی المغرب، و المغرب علی العشاء «۱۹»، و إن فاتته صلوات لم تترتّب علی الحاضـرة، و قیل تترتّب و الأوّل أشبه «۲۰» (انتهی). فقوله: «و یجب قضاء الفائتة وقت الذکر ما لم یتضـیّق وقت الحاضرة» یحتمل وجوها، لأنّ المراد بالفائتة إمّا أن یکون خصوص الواحدة، کما قیّده به فی المسالک «۲۱» و المدارک «۲۲» و إمّا ان یکون المراد مطلق الفائتة، و علی التقدیرین:

إمّا أن یراد وجوب المبادرة إلی القضاء وقت الـذکر، و إمّا أن یراد بیان وقت القضاء بعد بیان أصل وجوبه، فیکون المراد: أنّ الأوقات کلّها صالحـة لقضاء الفوائت إلّا وقت ضـیق الحاضـرة، فهـذه أربعـة احتمالات: فعلی التقـدیر الأوّل منها تـدلّ العبارة علی فوریـة الفائتة الواحدة مطابقة، و یدلّ بالالتزام علی وجوب الترتیب، بناء علی أنّ الأمر بالشـیء یقتضـی النهی عن ضدّه الخاصّ، أو علی أنّ الترتیب، بناء علی أنّ الأمر بالشـیء یقتضـی النهی عن ضـدّه الخاصّ، أو علی أنّ الترتیب واجب مسـتقلّ یرجع إلی وجوب تقدیم الفائتة، لا أنّه «۲۳» شـرط یرجع إلی اعتبـار تأخیر الحاضـرة، و اشتراط براءة الذمّـة عن الفائتـة فی صـحّتها. لکنّ الإنصاف: أنّ هـذا الاحتمال خلاف ظاهر العبارة، من جهة عدم مساعدة السیاق له من وجهین: أحدهما: أنّه قد فصّل شقّی التفصیل بین الواحدة و المتعدّدة بمسألة، و هی ترتّب الفوائت بعضـها علی بعض. و احتمال أن یکون قـد فرغ من حکم الواحـدة، ثمّ تعرّض للمتعدّدة فذکر- أوّلا- عدم الترتیب بینها «۲۴»، ثمّ عـدم الترتیب بینهـا و بین الحاضـرة، ینافیه عنوان المسألـة الثانیـة بقوله: «و إن فاتته صـلوات لم تترتّب علی الحاضـرة». و هـذا بخلاف مـا إذا أریـد بالفائتـة مطلقهـا، فیکون فی مقـام بیان فوریّـة القضاء مطلقا، أو بیان وقته کـذلک، فیکون قـد تعرّض- بعـد بیان وجوب أصـل القضـاء- لوقته، ثمّ لاعتبـار الترتیب فیه مع التعـدّد، ثمّ لعـدم ترتّب الفائتـة المتعـدّدة علی الحاضـرة، فیکون حکم الفائتة الواحدة مسکوتا عنه، أو مستفادا من مفهوم العبارة، أو ممّا سیجیء فی کلامه فی مسألة العدول.

و الثـانی: أنّه إن کـان الترتیب لازمـا لوجوب المبـادرة، فالأحسن التعبیر عن عـدم وجوب الترتیب فی المتعـدّدة بعـدم وجوب المبادرة إلیهـا، و إلّـا فلا حسن فی التعبیر عن وجوبه فی الواحـدة بوجوب المبادرة إلیها. ثمّ إنّه قـد فرّع علی هـذا القول: أنّ من علیه فوائت إذا قضاها حتّی بقیت واحـدة لم یجز له- حینئـذ- الاشـتغال بالحاضـرة، و إن جاز له قبل ذلک، کما أنّ من علیه فائتة واحدة إذا صار علیه اخری سـقط عنه وجوب الترتیب. و الفرع الأـخیر ظـاهر، و أمّـا الأوّل فلا یخلو عن شـیء، لإمکان دعوی ظهور کلمات أصـحاب هـذا القول- کأدلّتهم- فیما إذا اتّحدت الفائتة بالأصل، فلا یعمّ لما إذا بقیت من المتعدّدة واحدة.

و کیف کان فلا ینبغی «۲۵» الإشکال فی أنّه إذا کانت الفائتة واحدة بالذات، و عرض لها التعدّد لعدم تعیینها أو لاشتباه القبلة أو اشتباه الثواب الطاهر بالنجس، أنّ حکمه فی وجوب الترتیب حکم الواحـدة، إذ لم یفت من المکلّف إلّا واحـدة، إلّا أنّ البراءة منها، بل العلم بها یتوقّف علی متعدّد.

الثالث: القول بالمواسعة فی غیر فائتة الیوم

. و بالمضايقة في فائتة اليوم. واحدة كانت أو متعددة، و هو المحكيّ عن المختلف حيث قال: الأقرب أنّه إذا ذكر الفائتة في يوم الفوات، وجب تقديمها على الحاضرة إذا لم يتضيّق وقت الحاضرة، سواء اتّحدت أم تعدّدت، و يجب تقديم سابقتها على لاحقتها، و إن لم يذكرها

المكاسب، ج۴، ص ۳۴۹

حتّى يمضي ذلك اليوم، جاز له فعل الحاضرة في أوّل وقتها، ثمّ اشتغل بالقضاء- سواء اتّحدت الفائتة، أو تعدّدت- و يجب الابتداء بسابقتها على لاحقتها، و الأولى تقديم الفائتة ما لم يتضيّق وقت الحاضرة «۱» (انتهى). و حكى هذا القول عن بعض شرّاح الإرشاد «۲» أيضا. و الظاهر أنّ المراد بيوم الفوات في كلامه: هو ما يشمل اللّيل، إذ النهار فقط لا يمكن أن يكون ظرفا لفوات الصلوات المتعدّدة و لذكرها، فقوله: «إذا ذكر الفائتة في يوم الفوات»، لا يستقيم إلّا على أن يكون الذكر في اللّيل، و الفوات في النهار، أو بالعكس، فالظرف الواحد للذكر و الفوات كليهما ليس إلّا اليوم بالمعنى الشامل للّيل. و هل المراد: اللّيلة الماضية أو المستقبلة؟

الظاهر، بل المتعيّن هو الثاني، كما يظهر بالتدبّر في كلامه. و اعلم أنّه قدّس سرّه ذكر في المختلف في مسألة العدول عن الحاضرة إلى الفائتة: أنّه لو اشتغل بالحاضرة في أوّل وقتها ناسيا، ثمّ ذكر الفائتة بعد الإتمام صحّت صلاته إجماعا، و إن ذكرها في الأثناء، فإن أمكنه العدول إلى الفائتة عدل بنيّته استحبابا عندنا، و وجوبا عند القائلين بالمضايقة «۳» (انتهى). و ظاهر هذه العبارة يوهم العدول عن التفصيل المذكور إلى القول بالمواسعة مطلقا، إلّا أنّ الذي يعطيه التدبّر في كلامه، أنّ مراده الفريضة الحاضرة، المختلف فيها بينه و بين أرباب المضايقة المطلقة لا بينهم و بين أرباب المواسعة المطلقة. و يحتمل قويّا ابتناء ذلك على خروج فوائت اليوم- عنده- عن محلّ النزاع بين أرباب المواسعة و المضايقة، تبعا لما سيأتي «۴» عن شيخه المحقّق في العزّيّة، فلا يكون هذا القول تفصيلا بين القولين. نعم ربّما يحكى عدوله عن هذا القول إلى المواسعة في المسائل المدنية المتأخّر تأليفها عن كتاب المختلف. ثمّ إنّ ظاهر العبارة السابقة: أنّها تفصيل فيما إذا فات الأداء للنسيان، و أمّا إذا فات لغيره من الأعذار، أو عمدا، فلا تعرّض فيها لحكمه، كما لا تعرّض فيها لحكم ما إذا اجتمع فوائت اليوم مع ما قبله، و وسع الوقت للجميع. و هل يقدّم الجميع على الحاضرة، لثبوت الترتيب بين الحاضرة و فوائت اليوم، و ثبوت الترتيب بين فوائت اليوم و ما قبلها، بناء على القول بترتيب الفوائت بعضها على بعض. أو لا يجب الاشتغال بشيء حينئذ، لعدم التمكن من فعلها إلّا بعد ما أذن في تأخيره، مع إمكان إدخاله في إطلاق كلامه، الراجع إلى عدم وجوب الترتيب إذا كان عليه أكثر من يوم فتأمّل. أو يجب الاقتصار على فائتة اليوم، لدعوى اختصاص وجوب الترتيب بين الفوائت بما إذا كانت متساوية في وجوب تداركها، فلا يعمّ ما إذا كان بعضها واجب التقديم لأمر الشارع بالخصوص، خصوصا لو قال بوجوب الفوريّة في فائتة اليوم، دون غيرها؟ وجوه، لا يبعد أوّلها، ثمّ ثالثها على القول بالفوريّة مع الترتيب.

الرابع: ما حكي عن المحقّق في العزيّة

حيث قال في عنوان هذه المسألة ما هذا لفظه:

و تحرير موضع النزاع أن نقول: صلاة كلّ يوم مترتبة بعضها على بعض، حاضرة كانت أو فائتة، فلا يقدّم صلاة الظهر من يوم، على صبحه، و لا عصره على ظهره، و لا مغربه على عصره، و لا عشاؤه على مغربه، إلّا مع تضيّق الحاضرة. و أمّا إذا فاته صلوات من يوم، ثمّ ذكرها في وقت حاضرة من آخر، فهل يجب البدأة بالفوائت ما لم يتضيّق الحاضرة؟ قال أكثر الأصحاب: نعم، و قال آخرون: ترتّب الفوائت في الوقت الاختياري، ثمّ تقدم الحاضرة. و الذي يظهر لي وجوب تقديم الفائتة الواحدة، و استحباب تقديم الفوائت، فلو أتى بالحاضرة قبل تضيّق وقتها و الحال هذه جاز «۵» (انتهى). و ظاهره عدم الخلاف في وجوب الترتيب في فوائت اليوم، و هو خلاف إطلاق كلمات أرباب القولين، بل صريح بعضها.

الخامس: ما عن ابن [أبی] جمهور الأحسائی «۶» من التفصیل

بین الفائتة الواحدة، إذا ذکرها یوم الفوات، دون المتعدّدة و الواحدة المذکورة فی غیر یوم الفوات.

السادس: القول بالمواسعة إذا فاتت عمدا، و بالمضایقة إذا فاتت نسیانا،

و هو المحکی عن الشیخ عماد الدین بن حمزة فی الوسیلة، حیث قال: أمّا قضاء الفرائض فلم یمنعه وقت، إلّا تضیّق وقت الحاضرة، و هو ضربان، إمّا فاتته نسیانا، أو ترکها قصدا اعتمادا، فإن فاتته نسیانا و ذکرها، فوقتها حین ذکرها إلّا عند تضیّق وقت الفریضة، فإن ذکرها و هو فی فریضة حاضرة، عدل بنیّته إلیها ما لم یتضیّق الوقت، و إن ترکها قصدا جاز له الاشتغال بالقضاء إلی آخر الوقت، و الأفضل تقدیم الحاضرة علیه، و إن لم یشتغل بالقضاء، و أخّر الأداء إلی آخر الوقت کان مخطئا «۷» (انتهی). و ظاهره وجوب العدول عن الحاضرة إلی الفائتة المنسیّة، و هو إمّا لاعتبار الترتیب، أو لإیجاب المبادرة إلی المنسیّة، و إن ذکرها فی أثناء الواجب و إن قلنا بعدم اعتبار الترتیب- بناء علی القول بالفوریّة دون الترتیب- کما سبق «۸» عن صاحب رسالة هدیة المؤمنین، و إمّا للدلیل الخاصّ علی وجوب العدول، و إن لم نقل بالترتیب و لا بالفوریّة، و هذا أردأ الاحتمالات، کما أنّ الأوّل أقواها. هذا کلّه فی المنسیة، و أمّا المتروکة قصدا، فظاهره عدم وجوب الترتیب مع استحباب تقدیم الحاضرة، و لازمة عدم وجوب الفور إلّا أن یجعل مقدار زمان یسع الحاضرة مستثنی من وجوب المبادرة، و کون المکلّف مخیّرا فیه مع استحباب تقدیم الحاضرة، کما ینبئ عنه قوله: «و إن لم یشتغل بالقضاء، و أخّر الأداء إلی آخر الوقت کان مخطئا» بناء علی أنّ المراد بالخطإ: الإثم کما فهمه الشهید «۹». هذا علی تقدیر إرجاع الخطأ إلی عدم الاشتغال بالقضاء، و أمّا إذا رجع إلی تأخیر الأداء إلی آخر الوقت بناء علی أنّ المراد بآخر الوقت مجموع الوقت الاضطراری الّذی لا یجوز التأخیر إلیه إلّا لصاحب العذر- علی ما ذهب إلیه صاحب هذا القول- ، و یکون إطلاق آخر الوقت علی مجموع ذلک الوقت تبعا للروایات الواردة فی أنّ «أوّل الوقت رضوان اللّه و آخره غفران اللّه» «۱۰» أمکن أیضا استظهار فوریّة القضاء منه من جهة دلالة کلامه بالمفهوم علی أنّه لو اشتغل بالقضاء، و أخّر الأداء إلی آخر الوقت لم یکن مخطئا، و لا یکون ذلک إلّا إذا کان القضاء من الأعذار، و العذر- علی ما ذکره صاحب هذا القول، قبل العبارة المتقدمة بأربعة أسطر- : السفر و المرض و اشتغل الّذی یضرّ ترکه بدینه أو دنیاه، فلو لم یکن القضاء فوریّا خرج عن الأعذار الأربعة.

المکاسب، ج۴، ص ۳۵۰

إلّا أن یقال: ظاهر العذر فی کلامه، ما عدا الصلاة، فتأمّل. و أمّا المراد بالوقت فی قوله: «ما لم یتضیّق وقت الحاضرة» فیحتمل أن یکون وقت الاختیار، و یؤیّده ما تقدّم «۱» عن المحقّق فی العزیّة من ذهاب جماعة. إلّا أنّ الفوائت تترتّب فی الوقت الاختیاری، ثمّ تتقدّم الحاضرة. و أن یکون مطلق الوقت بناء علی جعل القضاء من الأعذار المسوّغة للتأخیر. ثمّ إنّه لیس فی کلامه تعرّض لحکم المتروکة لعذر آخر غیر النسیان. و لا لحکم اجتماع المتروکة نسیانا مع المتروکة عمدا، بناء علی وجوب الترتیب بین الفوائت عند هذا القائل، فإنّه یجیء فیه- مع فرض تأخیر المنسیّة- الاحتمالات الثلاثة المتقدّمة فی فروع القول المتقدّم «۲»

عن المختلف.

السابع: ما تقدم عن العزیّة من الترتیب فی الوقت الاختیاری، دون غیره.

الثامن: القول بالمضایقة المطلقة

اشارة

، و هو المحكىّ «۳» عن ظاهر كلام القديمين «۴» و الشيخين «۵» و السيّدين «۶» و القاضى «۷» و الحلبى «۸» و الحلّى «۹»، و عن المعتبر «۱۰» نسبته إلى الديلمى «۱۱» و هو المحكى أيضا عن الشيخ ورّام بن أبى فراس «۱۲» و عن الشيخ الجليل الحسن بن أبى طالب اليوسفى الآبى- تلميذ المحقّق- «۱۳» و حكاية «۱۴» هذا القول عن أكثر القدماء مستفيضة، و حكى عن غير واحد أنّه المشهور «۱۵» فهذه أصول أقوال المسألة، و إذا لوحظ الأقوال المختلفة بين أهل المواسعة التى تقدّمت إليها الإشارة، زادت الأقوال على الثمانية. و ذكر بعض المحقّقين: أنّ جملة المطالب الّتى يدور عليها هذا القول الأخير، و يدلّ عليها كلام القائلين- كلّا أو بعضا، نصّا، أو ظاهرا- سبعة:

الأوّل: ترتيب الأداء على القضاء

، و هو المحكى عمّن عدا الديلمى و الشيخ ورّام ممّن تقدّم ذكره من الفقهاء.

الثانى: التسوية بين أقسام الفوائت و أسباب الفوات فى مقابل التفاصيل المتقدّمة.

الثالث: فوريّة القضاء

، المحكيّة «۱۶» عن صريح المفيد «۱۷» و السيّدين «۱۸» و الحلبى «۱۹» و الحلّى «۲۰» و ظاهر الشيخ «۲۱» و القديمين «۲۲» و الآبى «۲۳»، بل عن المفيد و القاضى و أبى المكارم و الحلّى: الإجماع على ذلك «۲۴».

الرابع: بطلان الحاضرة إذا قدّمت على الفائتة فى السعة

، و هو المحكىّ «۲۵» عن صريح الشيخ «۲۶» و السيّدين «۲۷» و القاضى «۲۸» و الحلبى «۲۹» و الحلّى «۳۰» و عن الغنية «۳۱»: الإجماع عليه.

الخامس: العدول عن الحاضرة إلى الفائتة إذا ذكرها فى الأثناء

، و هو المحكىّ «۳۲» عن المرتضى «۳۳» و الشيخ «۳۴» و القاضى «۳۵» و الحلبيين «۳۶» و الحلّى «۳۷». و عن المسائل الرسّية للسيّد «۳۸» و الخلاف للشيخ «۳۹» و خلاصة الاستدلال للحلّى و شرح الجمل: الإجماع عليه «۴۰».

السادس: وجوب التشاغل بالقضاء إلّا عند ضيق الأداء

و الاشتغال بما لا بدّ منه من ضروريات المعاش من الكسب و الأكل و الشرب و النوم، و هو المحكىّ «۴۱» عن صريح المرتضى «۴۲» و الشيخ «۴۳» و القاضى «۴۴» و الحلبى «۴۵» و الحلّى «۴۶»، بل هو لازم كلّ من قال بالفورية، و لذا ذكر الآبى- فيما حكى عنه «۴۷»-

: أنّ عند أصحاب المضايقة لا يجوز الإخلال بالقضاء إلّا لأكل أو شرب ما يسد به الرمق أو تحصيل ما يتقوّت به هو و عياله، و مع الإخلال بها يستحقّ العقوبة فى كلّ جزء من الوقت «۴۸» (انتهى).

السابع: تحريم الأفعال المنافية للقضاء عدا الصلاة الحاضرة فى آخر وقتها

، و ضروريات الحياة، و هو المحكى «۴۹» عن صريح المرتضى «۵۰» و الحلّى «۵۱» و ظاهر المفيد «۵۲» و الحلبيّين «۵۳» حيث رتّبوا تحريم الحاضرة فى السعة على تضيّق الفائتة، و بنى المفيد «۵۴» تحريم النافلة لمن عليه فائتة على تحريم الحاضرة، و مقتضاه استناد التحريم إلى التضادّ، فيطّرد فى جميع الأضداد، و قد ذكر المحقّق و العلّامة فى المعتبر «۵۵» و المنتهى «۵۶» انّ لازم هؤلاء تحريم جميع المباحات المضادّة للقضاء.

و حينئذ فتخصيص جماعة «۵۷» نسبة القول بتحريم الأضداد إلى المرتضى و الحلّى فقط، محمول على إرادتها اختصاصهما بالتصريح بذلك، و لذلك نسبه فى محكى «۵۸» التذكرة «۵۹» إلى السيد و جماعة. ثمّ اعلم أنّ هذه المسألة معنونة فى كلام بعضهم «۶۰» بوجوب ترتيب الحاضرة على الفائتة و عدمه، و فى كلام آخرين بالمضايقة و المواسعة. و لا ريب أنّ الترتيب و التضيّق غير متلازمين بأنفسهما، لجواز القول بالترتيب من دون المضايقة من جهة النصوص، و إن أفضى إلى التضيّق أحيانا، كما إذا كانت الفوائت كثيرة لا تقضى إلّا إذا بقى من الوقت مقدار فعل الحاضرة، و يجوز القول بالفوريّة من دون الترتيب كما تقدم عن صاحب هدية المؤمنين «۶۱»، و إن أفضى إلى التزام الترتيب بناء على القول بأنّ الأمر بالشىء يقتضى النهى عن ضدّه. فالقول بأنّ الفوريّة و الترتيب متلازمان «۶۲» لا يخلو عن نظر، سواء أريد تلازمهما فى أنفسهما، أو أريد تلازمهما بحسب القائل، بمعنى أنّ كلّ من قال بأحدهما قال بالآخر، لما عرفت من وجود القائل بأحدهما دون الآخر. لكنّ الإنصاف أنّ معظم القائلين بالترتيب إنّما قالوا به من جهة الفوريّة، فما ذكره الصيمرى «۶۳»- فيما حكى عنه- : أنّ منشأ القول بالترتيب و عدمه: القول بالمضايقة و عدمها، محلّ تأمّل، إلّا أن يريد به الأكثر، أو يريد جميع القائلين بالترتيب بالنسبة إلى زمانه. و أولى بالتأمّل ما يظهر من بعض «۶۴» أنّ القول بالترتيب أصل مسألة المضايقة، بل الحقّ أنّ القول بالترتيب و القول بالفوريّة ليس أحدهما متفرّعا على الآخر فى كلمات جميع الأصحاب، نعم القول بالترتيب متفرّع على الفوريّة فى كلمات أكثر أهل المضايقة. و أمّا وجوب العدول، فهو من فروع الترتيب و يحتمل- ضعيفا- كونه غير متفرّع على شىء، و يكون المدرك فيه مجرّد النص، و أضعف منه كونه من فروع الفوريّة، و إن لم نقل بالترتيب، و وجهه- مع ضعفه- يظهر بالتأمّل. و أمّا بطلان الحاضرة و صحّتها فى سعة الوقت، فيحتمل تفرّعه على الفوريّة بناء على اقتضاء الأمر المضيّق النهى عن ضدّه الموسّع و عدم «۶۵» الأمر به، و يحتمل تفرّعه على الترتيب و إن لم نقل بالفوريّة. و أمّا حرمة التشاغل بالأضداد، فلا إشكال فى أنّه من فروع الفوريّة. هذا خلاصة الكلام فى الأقوال، فلنشرع فى ذكر أدلّتها مقدّما لأدلّة القول بالمواسعة المطلقة، متّبعا إيّاه بأدلّة المضايقة المطلقة، ثمّ نتكلّم فى أدلّة باقى الأقوال حسب ما يقتضيه الحال، فنقول:

[أدلة القول بالمواسعة]

اشارة

[الأول: الأصل] احتجّ للقول بالمواسعة المطلقة بوجوه:

أحدها: الأصل. و تقريره من وجوه خمسة، أو ستة:

الأوّل: أصالة البراءة عن التعجيل

، فإنّ وجوب التعجيل و إن لم يكن تكليفا مستقلا، بل هو من أنحاء وجوب الفعل الثابت فى الجملة، إلّا أنّ الوجوب الثابت على نحو التضيّق ضيق، لم يعلم من قبل الشارع، و «الناس فى سعة ما لم يعلموا» «۶۶»، فالتضيّق الّذى حجب اللّه علمه عن العباد موضوع عنهم «۶۷»، و توهّم أنّ أصالة البراءة مختصة بصورة الشكّ فى تكليف مستقلّ، مدفوع فى محلّه «۶۸».

المكاسب، ج۴، ص ۳۵۱

بل التحقيق: أنّ مقتضى أدلّة البراءة أنّ كلّ ضيق يلحق الإنسان شرعا فى العاجل، و كلّ عقاب يرد عليه فى الآجل لا بدّ أن يكون معلوما تفصيلا أو إجمالا، و لا يرد شىء من الضيق و العقاب مع عدم العلم. فإن قلت: إنّ الاحتياط على خلافه، و تقريره- على ما ذكره بعض المحقّقين من المعاصرين «۱»-: أنّ الوجوب لمّا اقتضى تحتّم الفعل و حرمة الترك، فثبوته يقتضى لزوم الامتثال و الخروج عن صنف المخالفين للأمر، و حيث ثبت فى أوّل أوقات التمكّن، فترك الامتثال- حينئذ- بقصد التأخير عنه أو بدونه إنّما يجوز بأحد أمرين: أحدهما: إذن الشارع، فيسوغ الترك و إن أدّى إلى تركه لا إلى بدل. الثانى: الانتقال إلى بدل ثبت بدليّته عنه أو عن تعجيله، معلوم تمكّنه منه، فيسوغ الترك أيضا و إن لم يأذن الشارع صريحا، و كلا الأمرين غير معلوم. أمّا الإذن «۲» فلأنّه المفروض فإنّه إنّما يثبت فى الموسّع لمكان وجوبه به جهة حرمة تركه عند ظنّ ضيق الوقت المضروب أو ضيق وقت التمكّن، و إن كان هذا خلاف مقتضى إطلاق الوجوب، لأنّ انتفاء الظنّ المذكور يقتضى انتفاء خاصيّة الوجوب و مصلحته الفعليّة، فإنّ من جرى فى علم اللّه أنّه يموت فجأة فى سعة الوقت، إن فعل أدّى راجحا، و إن ترك، ترك ما جاز له تركه، و هو من خواصّ الندب. نعم قد يترتّب أثر الوجوب باعتبار وجوب القضاء أو ما فى حكمه، و نيّة الوجوب ظاهرا و استحقاق ثواب الواجب و حرمة إزالة التمكّن من نفسه، و كلّ ذلك خارج عن المطلوب. أو باعتبار إيجاب العزم على الفعل بدلا عنه، و لم يثبت فيما نحن فيه كما يأتى، و كأنّ ما ذكر هو الداعى لتخصيص بعضهم الوجوب بأوّل الوقت أو آخره- إن أرادوا تخصيص حقيقة الوجوب بأوّل أوقات التمكّن أو آخرها المعلوم أو المظنون. و كيف كان، فحيث ثبت الإذن فى التأخير، فلا محيص عن القول بجوازه و بعدم الإثم فى الفوات المترتّب عليه، و إن كان منافيا لما هو الظاهر من إطلاق الوجوب و اشتراكه بين الجميع، و لمّا لم يثبت هنا وجب العمل بمقتضى ظاهر الوجوب- كما ذكر-، و لم يصحّ قياسه على الموقّت الموسّع و لا سيّما مع ما بينهما من الفرق، لأنّ تجويز التأخير فى الموقّت لا يفضى إلى تفويته غالبا، بخلاف المطلق. و أمّا الثانى- و هو الانتقال إلى البدل-، فموقوف على إثباته هنا على نحو ما تقدّم، و هو إمّا العزم على الفعل فى وقت آخر، أو نفس ذلك الفعل، و الأوّل لم يثبت بدليّته هنا، و إنّما قيل بها فى الموقّت المأذون فى تأخيره، تحقيقا لحقيقة الوجوب المشترك بين الجميع، و تأدية لمقتضى الامتثال الواجب عليهم. و حيث تعلّق الأمر هنا بالقضاء بعينه و لم يثبت الإذن فى تأخيره و كان مقتضى الإيجاب ظاهرا هو المنع من التأخير، لم يتّجه هنا دعوى بدليّة العزم عنه، أو عن تعجيل فعله، مع أنّ كثيرا من العلماء و أرباب المواسعة ينكرون بدليّة العزم فى الموسّع، فلا يستقيم الالتزام بذلك هنا عن قبلهم. و أمّا نفس الفعل فى وقت آخر فلم يثبت بدليّته عمّا كلّف به بتمامه، و لا يعلم التمكّن منه، فضلا عن وقوعه. أمّا الأوّل: فلأنّ إرادة الشارع ابتداء للفعل فى أوّل أوقات التمكّن معلومة، و أمّا فى سائر الأوقات فلا، غاية الأمر أنّه لو تركه أوّلا وجب عليه الفعل ثانيا، و كان مجزيا عمّا كلّف به فى ذلك الوقت، لا عن تمام التكليف الثابت أوّلا، فلا يلزم التخيير ابتداء بين جميع الأوقات. و أمّا الثانى: فظاهر، لعدم إحاطة العلم عادة بالعواقب، فلو قطع النظر عن عدم ثبوت بدليّته، لكان فى عدم العلم بإدراكه كفاية فى وجوب المبادرة، إذ بها يتيقّن فراغ الذّمّة عمّا اشتغل به الذّمّة يقينا، فإنّ المبادر ممتثل قطعا على أىّ حال، و إن عرضه ما يمنع الإكمال، و ربما يموت تاركا فيبقى ذمّته مشغولة بما وجب عليه، فيصير مستحقّا للعقاب على تركه الواقع باختياره، إذ لا يعتبر فى الترك الموجب لذلك أن يكون بحسب جميع الأحوال الممكنة فى حقّه، بل بما هو الثابت واقعا فى شأنه، و لمّا كان الواقع غير معلوم قبل وقوعه لم يمكن إحالة التكليف بالامتثال عليه، حتّى

يختلف باختلافه، فيكون مضيّقا لجماعة و موسّعا لآخرين بحسب تزايد الآنات و الساعات و الشهور و الأعوام، فتعيّن أن يكون منوطا بالتضيّق الّذى يعلم به حصول الامتثال بالنسبة إلى الجميع، فمن أدخل نفسه فى صنف التاركين، ثمّ تداركه فضل اللّه سبحانه بأن أبقاه إلى أن أدّى المأمور به، دخل فى صنف العاملين، و لكن لا يمكن البناء على ذلك ابتداء أوّلا فأوّلا، و إن
أدّت إلى فوات الحاضرة المأذون فى تأخيرها. و أمّا البناء على ظنّ ضيق وقت التمكّن و عدمه، كما فى الموسّع، فموقوف على الدليل، و هو منتف هنا، فوجب البناء على ما ذكر (انتهى تقرير الاحتياط ملخّصا). و الجواب: إنّ الأمر المطلق إنّما يقتضى وجوب الفعل المشترك بين الواقع فى أوّل أزمنة التمكّن، و الواقع فيما بعده من أجزاء الزمان الّتى يمكن إيقاع المأمور به فيها، و حينئذ فالتأخير عن الجزء الأوّل ترك لبعض أفراد الواجب، و هو لا يحتاج إلى إذن من الشارع، لأنّ العقل حاكم بالتخيير فى الامتثال بين مصاديق المأمور به. و من هنا ظهر فساد ما ذكره من أنّ الوجوب فى الواجب الموسّع باعتبار حرمة تركه عند ظنّ الضيق، بل وجوبه باعتبار حرمة تركه المطلق المتحقّق بتركه فى جميع الأجزاء. و أمّا عدم مؤاخذة من فاجأه العجز فى أثناء الوقت، فليس لعدم اتّصاف الفعل حقيقة بالوجوب فيما قبل الجزء الأخير من الوقت، بل لأجل أنّ الواجب لا يعاقب على تركه إلّا إذا وقع الترك على جهة العصيان، لاستقلال العقل و دلالة النقل على أنّه لا عقاب إلّا مع العصيان، و لا عصيان فى الفرض المذكور. فتحقّق بما ذكرنا: أنّ الفعل المأتىّ فى كلّ جزء من الزمان من أفراد المأمور به و امتثال لتمامه، فلا يقال إنّه بدل من الواجب نظير بدلية العزم، بل هو نفسه، و أمّا احتمال طروّ العجز عن الفرد الآخر فهو إنّما يوجب رجحان المبادرة بحكم العقل المستقلّ الحاكم بحسن إحراز مصلحة الوجوب و مرجوحيّة التأخير المفضى أحيانا إلى فواتها و إن لم يوجب عقابا على المكلّف. و يؤيّده النقل، مثل قوله عليه السلام: «إذا دخل الوقت فصلّ، فإنّك لا تدرى ما يكون» «۳». و أمّا وجوب هذا الاحتياط فلم يثبت بعد حكم العرف و الشرع بأصالة بقاء التمكّن و عدم طروّ العجز، و إجماع العلماء و العقلاء على عدم وجوب المبادرة فى الموسّع الموقّت، و جعل الشارع- فى الرواية المذكورة و أمثالها- احتمال طروّ

العجز علّة لاستحباب المبادرة دون وجوبها، إلى غير ذلك ممّا يقطع معه بعدم كون الاحتمال المذكور سببا لوجوب الاحتياط. نعم ربّما قيل باستحقاق العقاب لو اتّفق ترك الواجب الموسّع الغير الموقّت، و لازمة وجوب المبادرة عقلا- من باب الاحتياط، تحرّزا عن الوقوع فى عقاب الترك- و إن لم يجب شرعا، ليكون من قبيل المضيّق الّذى يعاقب على تأخيره، و إن لم يتّفق العجز. لكن هذا القول مع ضعفه لا ينفع فيما نحن فيه، لأنّ الكلام فى التوسعة و التضيّق المستلزم لوجوب المبادرة شرعا، و إن علم المكلّف بالتمكّن فى ثانى الحال، و تمكّن و أتى بالفعل. و بالجملة: فلا إشكال فى أنّ الأصل هو عدم وجوب المبادرة شرعا.

الثانى من وجوه تقرير الأصل: استصحاب صحّة صلاته الحاضرة على أنّها حاضرة، إذا ذكر الفائتة فى أثنائها.

فإنّ القائل بالمضايقة يدّعى فساد الصلاة، إذا استمرّ على نيّتها الاولى عند تذكّر الفائتة، و الأصل عدمه. و يرد عليه: أنّه قد حقّقنا فى الأصول «۱» عدم جريان استصحاب الصحّة، إذا شك فى أثناء العمل فى شرطيّة أمر فقد، أو مانعيّة أمر وجد، كالترتيب بين الحاضرة و الفائتة فيما نحن فيه. هذا كلّه بناء على كون صحّة الأجزاء السابقة على الذكر واقعيّة و أمّا إذا قلنا بأنّ وجوب القضاء واقعا، موجب لفساد الحاضرة واقعا، غاية الأمر أنّ المكلّف ما لم يتذكّر القضاء معذور، فالتذكّر كاشف من وجوب القضاء و عدم صحّة الأداء فى متن الواقع، فصحّة الأجزاء السابقة على التذكّر صحّة ظاهريّة عذريّة من جهة النسيان، ترتفع بارتفاع العذر، فلا يقبل الاستصحاب. و لا ينافى ذلك الإجماع «۲» على صحّة الحاضرة إذا لم يتذكّر الفائتة إلّا بعد الفراغ عنها، لأنّ هذا لا يكشف إلّا عن كون الترتيب شرطا علميّا، لا واقعيا بالنسبة إلى الجهل المستمرّ إلى تمام الحاضرة، فلا ينافى كونه شرطا واقعيّا بالنسبة إلى الجهل المرتفع فى أثناء الصلاة، فإنّ كون الشروط علميّة أو واقعيّة يختلف بحسب الموارد حسب ما يقتضيه الأدلّة، ألا ترى أنّ النجاسة مانع علمىّ للصلاة بالنسبة إلى

الجهل المستمرّ، فلا يعيد من صلّى جاهلا إلى آخر الصلاة، و أمّا الجاهل الّذى علم فى الأثناء فلا يستمرّ على ما فعل- على ما ذهب إليه بعض- «۳».

الثالث من وجوه تقرير الأصل: أصالة عدم وجوب العدول من الحاضرة إلى الفائتة.

و فيه: أنّه إن أريد أصالة البراءة عن التكليف بالعدول، فلا ريب فى أنّ الشك فى المكلّف به، لأنّ إتمام الصلاة واجب و إمّا بنيّة الحاضرة أو بنيّة الفائتة، مع أنّ إتمامها بنيّة الفائتة مجمع على جوازه، بل رجحانه إمّا وجوبا و إمّا استحبابا، فالأمر «۴» مردّد بين تعيين إتمامها بهذه النيّة، و بين التخيير بينه و بين إتمامها بنيّة الحاضرة، فمقتضى وجوب تحصيل اليقين بالبراءة، نقل النيّة إلى الفائتة. و إن أريد استصحاب عدم وجوب العدول قبل التذكّر. ففيه: أنّه كان معذورا عقلا لأجل النسيان، و قد زال العذر. و الحكم المنوط بالأعذار العقليّة- كالعجز و النسيان، و نحوهما- لا يجوز استصحابه بعد رفع العذر. فإن قلت: إنّ المعلوم عدم وجوب العدول حال النسيان، و أمّا كونه لأجل النسيان فغير معلوم. قلت: لا ريب أنّ النسيان علّة مستقلّة لعدم وجوب العدول، فإذا شكّ فى كون عدم الوجوب السابق مستندا إلى هذه العلّة أو إلى علّة أخرى، و هى مشروعيّة فعل الحاضرة مع اشتغال الذمّة بالفريضة الفائتة، فمقتضى الأصل عدم مشروعيّتها حينئذ. و الحاصل: أنّ الكلام إمّا أن يقع فى حكم الناسى بوصف أنّه ناس، و لا شكّ أنّه حكم عذرىّ يدور مدار النسيان وجودا و عدما، فلا معنى لاستصحابه بعد ارتفاع العذر. و إمّا أن يقع فى حكم المكلّف واقعا من حيث إنّه مكلّف فاتت عنه فريضة و دخل عليه وقت اخرى، و لا عذر له من نسيان أو غيره، و لا ريب أنّ الشكّ- حينئذ- فى مشروعيّة الحاضرة و عدمها. و من المعلوم أنّ الأصل عدم المشروعيّة، فإذا ثبت بحكم الأصل عدم مشروعيّة الحاضرة مع عدم العذر و هو النسيان، ترتّب عليه وجوب العدول إذا نسى و شرع فيها، فافهم فإنّه لا يخلو عن دقّة.

الرابع: أصالة إباحة فعل الحاضرة و عدم حرمتها

، إذا شكّ فى فسادها و صحّتها من جهة الشكّ فى حرمتها و إباحتها، المسبّب عن الشكّ فى فوريّة القضاء و عدمها، بناء على القول باقتضاء الأمر المضيّق النهى عن ضدّه، و أصالة عدم اشتراطها بخلوّ الذمّة عن الفائتة «۵» إذا كان الشكّ فى اعتبار الترتيب بينها و بين الفائتة. و يرد على الأصل الأوّل: أنّ فساد الحاضرة إن كان من جهة القول بأنّ الأمر المضيّق يقتضى عدم الأمر بضدّه فيفسد الضدّ من هذه الجهة إذا كان من العبادات، فأصالة الإباحة و عدم التحريم لا ينفع فى شىء، بل الأصل هو عدم تعلّق الأمر بذلك الضّدّ فى هذا الزمان. نعم هذا الأصل مدفوع بأصالة عدم التضيّق المتقدّمة، لكنّه أصل مستقلّ قد عرفت جريانه و اعتباره، و الكلام هنا فى غيره. و إن كان من جهة أنّ الأمر المضيّق يقتضى حرمة ضدّه، فمرجع الكلام إلى الشكّ فى حرمة الحاضرة و إباحتها، و الأصل الإباحة و عدم التحريم. ففيه: أنّه إن أريد أصالة البراءة فيرد عليه: أوّلا: إنّ حرمة الضدّ لو ثبت فى الواجب المضيّق فإنّما يثبت- عند المشهور- من باب كون ترك الضّدّ مقدّمة لفعل المضيّق، فيجب. و الظاهر عدم جريان الأصل فى مقدّمة الواجب إذا كان الشكّ فيها مسبّبا عن الشكّ فى وجوب ذيها، أو عن الشكّ فى أصل وجوب المقدّمة فى المسألة الأصولية. نعم يجرى الأصل فى صورة ثالثة، و هى ما إذا كان الشك فى وجوب الشىء مسبّبا عن الشكّ فى كونه مقدّمة، كما إذا شكّ فى شرطيّة شىء للواجب أو جزئيّته له. و السرّ فى ذلك أنّ أصل البراءة إنّما ينفى المؤاخذة على ما لم يعلم كونه منشأ للمؤاخذة، و يوجب التوسعة و الرخصة فيما يحتمل المنع. و هذا إنّما يتحقّق فى الصورة الثالثة، و أمّا فى الصورتين الأوليين فلا يلزم من الحكم بوجوب المقدّمة مؤاخذة عليها و لا منع و لا ضيق، حتّى ينفى بأدلّة البراءة الدالّة على نفى المؤاخذة عمّا لم يعلم، و توجب الرخصة فيه. و ثانيا: أنّ أصالة عدم حرمة الحاضرة معارضة بأصالة

البراءة و عدم اشتغال الذمّة بها. و إن شئت فقل: إنّ الأمر دائر بين حرمة الحاضرة و وجوبها، فلا أصل، فتأمّل. و بمثله يجاب لو أريد بأصالة عدم الحرمة: استصحابه، بأن يقال: إنّه يشكّ فى أنّ الوجوب الحادث للقضاء كان على

المكاسب، ج۴، ص ۳۵۳

الفور حتّى يوجب حرمة الحاضرة، أو على التوسعة حتّى يبقى الحاضرة على حالها من عدم الحرمة، فالأصل بقاؤها. فإن قلت: إنّا نفرض ثبوت الوجوب للحاضرة فى أوّل وقتها قبل تذكّر الفائتة، فحينئذ نقول: الأصل بقاء وجوبها بعد التذكّر. قلت: قد عرفت أنّ تذكّر الفائتة ليس محدثا لوجوبها، بل السبب له واقعا هو فوت الأداء، و إنّما يرتفع بالتذكّر، العذر المسقط للتكليف، و هو النسيان، و حينئذ فالوجوب الثابت للحاضرة قبل التذكّر وجوب ظاهرىّ يرتفع بارتفاع مناطه، و هو النسيان. لكنّ الإنصاف أنّ ما ذكرنا من معارضة استصحاب عدم الحرمة باستصحاب عدم الوجوب غير مستقيم، لأنّ الشكّ فى مجرى الأصل الثانى مسبّب عن الشكّ فى مجرى الأصل الأوّل، فالأوّل حاكم على الثانى، لما تقرّر فى الأصول «۱» فالصواب: الجواب عن الاستصحاب المذكور بما سيجىء فى الوجه الخامس من تقرير الأصل «۲». هذا كلّه فى إجراء الأصل فى الحكم التكليفى، و هى حرمة الحاضرة. و أمّا أصالة عدم اشتراطها بخلوّ الذمّة عن الفائتة، فإن أريد بها أصالة البراءة بناء على القول بجريانها عند الشكّ فى شرطيّة شىء للعبادة، فهو حسن على هذا القول، إلّا أنّ ظاهر كلام المستدلّ به إرادة أصالة إطلاق الأمر بالحاضرة، و سيأتى الكلام فى الإطلاقات.

الخامس: أنّ الحاضرة كانت يجوز فعلها فى السعة قبل اشتغال الذمّة بالفائتة

، فكذا بعده، للاستصحاب. و هذا الاستدلال حكاه بعض المعاصرين عن المختلف، و قال: إنّه فاسد لتعدّد الحاضرة فى الحالتين، و عدم ثبوت الحكم لكلّ حاضرة، و إلّا استغنى عن التمسّك بالاستصحاب، و هو لا يجرى مع تعدّد المحلّ.. ثمّ قال: و أمّا الاستدلال بأنّه لو لم يكن عليه قضاء لجاز له فعل الحاضرة فى السعة، فكذلك مع ثبوته، ففاسد أيضا، لأنّ مرجعه إلى القياس أو استصحاب الحكم الغير الثابت من أصله إلّا على سبيل الفرض فى نفس زمانه، و كلاهما باطل «۳» (انتهى). أقول:

استصحاب الحكم الشرعى على قسمين: أحدهما: استصحاب الحكم الجزئى الثابت بالفعل، كما إذا مضى من الوقت مقدار الفعل مع الشرائط، ثمّ سافر إلى أربعة فراسخ و شككنا فى حدوث وجوب القصر عليه بعد وجوب الإتمام عليه بالفعل، بناء على أنّ العبرة بحال الأداء دون الوجوب، أو مات مجتهده- الّذى أفتى بوجوب الجمعة عليه- فشكّ فى حدوث وجوب الظهر عليه بعد وجوب الجمعة فعلا، أو رأى دما مشتبها بالحيض فشكّ فى ارتفاع وجوب الصلاة الثابت عليه بالفعل.. إلى غير ذلك من الأمثلة. و الثانى: استصحاب الحكم الكلّى الثابت عليه بطريق القضيّة الشرطيّة، مثل حكم الشارع بأنّ التمام يجب بشروطها على الحاضر، و الجمعة تجب بشروطها على المقلّد لمن قال بوجوبها، و الصلاة تجب بشروطها على الطاهر من الحيض و النفاس، و هذه الأحكام شرطيّات لا يتوقف صدقها على صدق شروطها، بل تصدق مع فقد الشرائط، كدخول الوقت و وجدان «۴» الطهور، فلا يعتبر فى استصحاب ما كان من هذا القبيل تنجز الحكم الشخصى و تحقّقه، فإذا فرضنا أنّ الشخص كان فى بلده فإذا للطهورين، أو لم يدخل «۵» عليه الوقت، ثمّ سافر إلى محلّ يشكّ فى بلوغه المسافة، لشبهة فى الحكم أو الموضوع، فلا يخدش فى استصحاب حكم التمام فى حقّه: أنّه لم يتنجّز عليه وجوب التمام فى السابق من جهة عدم دخول الوقت أو فقد الطهور، بل يكفى كونه فى السابق ممّن يجب عليه التمام إذا وجد فى حقّه شرائط الصلاة، و كذا استصحاب وجوب الجمعة إن مات مقلّده، و استصحاب وجوب الصلاة على من رأت دما شكّ فى كونه حيضا لشبهة فى الحكم أو الموضوع، فإنّه يحكم باستصحاب وجوب الصلاة عليه، و إن كان فى الزمان السابق غير واجد للشروط، و لا يضرّ عدم ثبوت الحكم بالفعل فى استصحاب الحكم الكلّى. بل لو عورض استصحاب الحكم الكلّى باستصحاب عدم الحكم الفعلى كان الأوّل حاكما، لأنّ الشكّ فى الثانى مسبّب عن الشكّ فيه. إذا عرفت هذا فنقول: إنّ وجوب الفعل موسّعا فى أوّل وقتها حكم شرعىّ كلّى و

خطاب إلهىّ تعلّق بالمكلّف و إن توقّف تنجّزه و ثبوته فعلا على شروط، لكن فقد تلك الشروط لا يقدح فى صدق الحكم الكلّى على وجه القضيّة الشرطيّة بأن يقال: إنّ هذا المكلّف ممّن يجب عليه الصلاة و تصح منه بمجرّد دخول وقتها و اجتماع باقى شرائط الصلاة، فإذا حدث وجوب القضاء عليه لفوات بعض الفرائض يقع الشكّ فى ارتفاع الحكم الكلّى المذكور، فيقال: الأصل بقاؤه، فالمستصحب هو الحكم على كلّى الحاضرة بالصحّة و الوجوب فى أوّل الوقت، لا ـ على خصوص الحاضرة المتنجّزة عليه حين فراغ الذمّة عن الفائتة حتّى يمنع انسحابه إلى الحاضرة الّتى يدخل وقتها حين اشتغال الذمّة بالفائتة إلّا بالقياس أو بدلالة الدليل العامّ المغنى عن الاستصحاب. و ما ذكره أخيرا من تقرير الاستصحاب فهو أيضا راجع إلى ما ذكرنا، و توهّم كونه من القياس أو من استصحاب الحكم الفرضى مدفوع بما ذكرنا، فإنّ استصحاب الحكم المعلّق على شروطه قبل تحقّق شروطه راجع إلى استصحاب أمر محقّق منجّز، كما يظهر بالتأمّل.

و لا يخفى أنّ وجود مثله فى المسائل الشرعيّة و المطالب العرفيّة أكثر من أن تحصى، و اعتماد أرباب الشرع و العرف عليه أمر لا يكاد يخفى، و هذا الأصل بعينه هو استصحاب عدم حرمة الحاضرة- الّذى تمسّك به المعترض فى التقرير الرابع من تقرير الأصل- ، إلّا أنّ ذلك عدمىّ و هذا وجودىّ، لكن جريان كليهما على الوجه الّذى ذكرنا هنا و ما ذكره من الاعتراض جار فى ذلك أيضا، فتسليم أحدهما و منع الآخر تحكّم، إلّا ان يريد من الأصل- هناك- أصالة البراءة لا الاستصحاب، و قد عرفت ضعف التمسّك بالبراءة.

و كيف كان، فالاستصحاب على الوجه الّذى ذكرنا لا ـ غبار عليه، و قد عرفت سابقا ضعف معارضته باستصحاب عدم وجوب الحاضرة، لأنّه حاكم عليه. نعم من لا يجرى الاستصحاب فى الحكم الشرعى إمّا مطلقا- كما هو مذهب بعض «۶»- أو فيما يحتمل مدخلية وصف فى الموضوع، مفقود فى الحال اللّاحق- كما هو المختار- لم يكن له التمسّك به فيما «۷» نحن فيه، لاحتمال كون الحكم الكلّى المستصحب- و هو وجوب الصلاة فى الجزء الأوّل من الوقت- فى الحال السابق، أعنى قبل الاشتغال بالقضاء منوطا بخلوّ الذمّة عن القضاء، فيكون المكلّف الفارغ فى الذّمة من القضاء، يجوز له فعل الحاضرة فى أوّل وقتها، و الشكّ فى المدخليّة يرجع إلى الشكّ فى بقاء الموضوع، فلا يجرى

المكاسب، ج۴، ص ۳۵۴

الاستصحاب، لاشتراطه ببقاء الموضوع يقينا، لكن الاستدلال المذكور مبنىّ على المشهور بين العلّامة رحمه اللّه و من تأخّر عنه من إجراء الاستصحاب فى أمثال المقام.

السادس: أصالة عدم حرمة المنافيات لفعل الفائتة من المباحات الذاتيّة

، و هذا الأصل حسن بمعنى الاستصحاب دون البراءة، لما عرفته فى التقرير الرابع و الخامس. و على أىّ تقدير فهذا الأصل إنّما يثمر فى ردّ من قال بوجوب الترتيب من جهة اقتضاء فوريّة القضاء تحريم الحاضرة و القول بأنّ الحرمة المقدميّة توجب الفساد، لو كان المنفى- المحرّم من باب المقدّمة- من العبادات. و أمّا لو لم نقل- كما هو مذهب جماعة، منهم: المحقق الثانى فى شرح القواعد فى باب الدين «۱»، بل ربّما نسبه بعضهم ككاشف الغطاء قدّس سرّه إلى كافّة الأصحاب «۲»- فلا ثمرة لهذا الأصل، لأنّ إثبات الترتيب حينئذ من باب الأخبار الدالّة على تقديم الفائتة، لا من وجوب المبادرة إليها، من باب أنّ الأمر بالشىء يقتضى عدم الأمر بضدّه فيفسد، و الحكم بالفساد من هذين الوجهين يجامع عدم حرمة الحاضرة، فلا يترتّب على أصالة عدم الحرمة «۳» الحكم بصحّة الحاضرة. و من هنا يظهر فساد ما قيل: من «۴» أنّه إذا ثبت عدم حرمة المنافيات بالأصل، ثبت صحّة فعل الحاضرة فى السعة، لعدم القول بالفصل. مع أنّ التمسك بالإجماع المركّب و عدم القول بالفصل فيما إذا ثبت أحد شطرى المسألة بالأصول الظاهرية محلّ إشكال، فقد أنكره غير واحد و لا يخلو عن قوّة. و كيف كان، فالأصل المعتمد فى المسألة هو الأصل الأوّل، و هو أصالة عدم الفوريّة. و قد يعارض باقتضاء

أصالة الاشتغال بالترتیب، و سیأتی الکلام علیها فی أدلّة القائلین بالمضایقة إن شاء اللّه.

[الدلیل الثانی: الإطلاقات]

اشارة

الثانی من حجج القائلین بالمواسعة: الإطلاقات، و قد ضبطها بعض المعاصرین «۵» فی طوائف من الکتاب و السنّة.

الأولی: ما دلّ علی وجوب الحواضر علی کلّ مکلّف حین دخول وقتها «۶»،

و وجوب قضائها علی کلّ من فاتته مع مضیّ ما یسعها عن أوقاتها «۷»، و علی ولیّه بعد موته- إن لم یقضها بنفسه-، فلو وجب تأخیرها عن الفوائت لزم أن لا یجب علی من علیه فائتة معلومة إلّا عند ضیق وقت الحاضرة أو مضیّ زمان یسع الفائتة. و أیضا یلزم أن لا یجب علیه قضاء الحاضرة إلّا إذا أدرک وقت ضیقها، أو مضی زمان یسع الجمیع، فلو مات قبل ذلک أو عرض حیض أو شبهه لم یکن مشغول الذمّة بالقضاء، و لم یجب علی ولیّه تدارکه بعد موته، و کلّ هذه مخالفة للإطلاقات المذکورة. و یرد علیه: أنّ القائل بالترتیب و وجوب تأخیر الحاضرة عن الفائتة، إمّا أن یقول به من جهة فوریّة القضاء عنده، نظرا إلی أنّ الأمر بالشیء یقتضی عنده النهی عن الضدّ الخاصّ، و إمّا أن یقول به من جهة وجود الدلیل علی اشتراط الترتیب فی الحاضرة و إن لم یقل بفوریّة القضاء، و علی کلّ تقدیر فلا یردّه الإطلاقات المذکورة، و لا یلزم تقیید لتلک الإطلاقات من جهة قوله بالترتیب. أمّا إذا قال به من الجهة الأولی، فلأنّه یدّعی أنّ الصلاة الّتی هی واجبة فی أوّل الوقت من حیث هی- لو خلّی و طبعها- قد عرض لها عدم الوجوب لأجل عروض الحرمة لها من باب المقدّمة لواجب فوریّ. و إن شئت فقل: إنّ وجوبها فی أوّل الوقت مقیّد عقلا بعدم الامتناع العقلیّ أو الشرعیّ «۸» فإذا فرض طروّ الحرمة لها من باب المقدمة صار ممتنعا شرعیا لأنّ المانع الشرعی کالمانع العقلی، فهو نظیر ما إذا عرض واجب فوریّ آخر فی أوّل الوقت کأداء دین فوریّ أو إنقاذ نفس محترمة و نحوهما، فإنّه لا یلزم التقیید فی تلک الإطلاقات بعدد هذه العوارض، بل إمّا أن نقول: إنّ تلک الإطلاقات مسوقة لبیان حکم الصلاة فی أوّل الوقت لو خلّیت و نفسها، فلا ینافی عدم الوجوب لها لعارض یعرضها، کما أنّ قول الشارع: «لحم الغنم حلال- أو طاهر- » لا ینافی حرمة اللّحم المسروق و نجاسة اللّحم الملاقی للنجس، لأنّ طاهر- » لا ینافی حرمة اللّحم المسروق و نجاسة اللّحم الملاقی للنجس، لأنّ الحلیّة و الطهارة الذاتیّتین لا تنافیان الحرمة و النجاسة العرضیّتین. و إمّا أن نقول: إنّها مقیّدة بالتمکّن و عدم الامتناع عقلا و شرعا، فإذا ادّعی مدّع الامتناع الشرعی فیما نحن فیه لأجل الحرمة المقدّمیّة، فلا ینفی ادّعاؤه بالإطلاقات، نعم لیطالب «۹» فی دعواه الحرمة المقدّمیّة- الموجبة لعروض عدم الوجوب و الامتناع الشرعیّ- بالاستدلال علیه، و هذا غیر الاستدلال علی نفی قوله بالإطلاقات، بل وجود الإطلاقات کعدمها، لانعقاد الإجماع و الضرورة علی أنّ الحاضرة- لو لم یمنع عن فعلها فی أوّل الوقت مانع عقلیّ أو شرعیّ- متّصفة بالوجوب و الصحّة، و هذا القدر کاف فی صحّة الحاضرة بعد ثبوت عدم المانع، و لو بحکم الأصل المتقدّم، الدالّ علی عدم الفوریّة الموجبة لطروّ الحرمة علی فعل الحاضرة. نعم لو أنکر أحد سوق تلک الإطلاقات لمجرّد بیان حکم الصلاة فی نفسها علی حدّ قول الشارع: الغنم حلال أو طاهر، فی مقابل قوله: الکلب حرام أو نجس، و ادّعی سوقها لبیان التکلیف و حمل المکلّف فی أوّل الوقت علی الفعل، بحیث یظهر من إطلاق بعث المکلّف علی الفعل عدم کونه ممنوعا من طرف الأمر، صح التمسّک «۱۰» فی کلّ مورد شکّ فی فوریّة ما یزاحمها و انتفت الفوریّة عنه بحکم تلک الإطلاقات، و حکم من أجلها بعدم المانع الشرعیّ، و کان کلّما ورد من الدلیل علی فوریّة شیء یتوقّف علی تأخّر

الحاضرة مقيّدا لتلك الأدلّة معارضا لها. لكن المتأمّل فى تلك الإطلاقات- إذا أنصف- لا يجد من نفسه إلّا ما ذكرنا أوّلا. هذا كلّه إذا قيل بالترتيب من جهة الفوريّة، و أمّا إذا قيل به من جهة ورود الدليل على اشتراطه فى الحاضرة، فيصير حاله كحال سائر الشروط المعتبرة فى الصلاة، فى أنّ وجوب الصلاة فى أوّل الوقت إنّما هو مع التمكّن من فعلها جامعة للشروط، فإذا شكّ فى شرطيّة شىء للصلاة كطهارة ما عدا موضع الجبهة من مكان المصلّى، و أنّه هل يجب تحصيله إذا كان مفقودا عند دخول الوقت أم لا؟ فلا يجوز التمسّك بالإطلاقات المذكورة لنفى شرطيّة المشكوك، لأجل إطلاق الحكم فيها بثبوت الوجوب فى أوّل الوقت و عدم وجوب التأخير. و كذا لو شكّ فى جزئيّة شىء يجب معرفته كالسورة بعد الحمد، فإنّه لا يجوز أن يتمسّك بالإطلاقات المذكورة، لعدم وجوب تأخير الصلاة حتّى يتعلّم السورة. و بعبارة أخرى: تلك الإطلاقات دالّة على وجوب الصلاة فى أوّل الوقت، و مسألتنا أنّ الصلاة هل يعتبر فيها

المكاسب، ج۴، ص ۳۵۵

الشرط الفلانى، كتأخّرها عن الفائتة، و طهارة ما عدا موضع الجبهة- مثلا- و قراءة السورة بعد الحمد أم لا؟ نعم ثبوت شرط أو جزء للصلاة يوجب تقييد لفظ الصلاة بناء على وضعها للأعمّ لا تقييد إطلاق وجوبها عند دخول الوقت، فيكون هذه الإطلاقات كإطلاق أَقِيمُوا الصَّلاةَ. بل التحقيق: عدم جواز التمسّك بها و إن جوّزنا التمسّك بإطلاق: أَقِيمُوا الصَّلاةَ لنفى الشرطيّة و الجزئيّة عند الشكّ، لأنّ إطلاق الصلاة فى هذه الإطلاقات مسوقة لبيان حكمها من حيث وقت وجوبها فلا تفيد مطلوبيّة كلّ ما يسمّى صلاة، فحالها كسائر الإطلاقات المسوقة لبيان أحكام الصلاة بعد الفراغ من بيان جهتها، كأحكام الجماعة و الخلل و القضاء و نحو ذلك. و أمّا إطلاقات وجوب القضاء على من مضى عليه من الوقت مقدار الفعل، فإن كان المراد مقدار الصلاة و الطهارة دون غيرها من الشروط فلا دلالة فيها على المقام. و إن كان المراد مقدار الصلاة و تحصيل جميع الشروط فهى ساكتة عن بيان الشروط فإذا ادّعى شرطيّة شىء للصلاة فلا دلالة فيها على نفيها، كما لا يخفى.

الثانية: ما دلّ بعمومه أو إطلاقه على صلاحيّة جميع أوقات الحواضر

لأدائها بالنسبة إلى جميع المكلّفين «۱» فيتناول من عليه فائتة أيضا فيصحّ له فعل الحاضرة فى السعة. و يرد عليه: ما فى سابقه، من عدم فائدة فى إطلاقها، سواء جعلنا اعتبار الترتيب من جهة الفوريّة، أم من جهة ثبوت اشتراط الحاضرة بتأخّرها عن الفائتة، إذ مدلولها صلاحيّة كلّ جزء من الوقت للحاضرة، و هذا غير منكر عند أهل المضايقة، فإنّهم لا يقولون بعدم الصلاحيّة «۲» للحاضرة، و إنّما يقولون بعروض ما أوجب تأخّرها، أو بكونها مشروطة بشرط مفقود يحتاج إلى تحصيله و هو فراغ الذمّة عن الفائتة. نعم ربّما يظهر من بعض العبارات المحكيّة عن السيّد المرتضى «۳» ما يوهم عدم صلاحيّة زمان الاشتغال بالفائتة لأداء الحاضرة، و حينئذ فيصلح هذه الإطلاقات للردّ عليه و لكن من المقطوع أنّ مراده من عدم صلاحية ذلك الوقت للفعل: عدم صلاحية الفعل فى ذلك الوقت.

الثالثة: ما دلّ على أنّه إذا دخل وقت الفريضة لا يمنع من فعلها شىء إلّا أداء نافلتها الراتبة «۴»

مثل قولهم عليهم السلام: «إذا زالت الشمس فما يمنعك إلّا سبحتك» «۵». و قولهم عليهم السلام: «إذا زالت الشمس دخل وقت الصلاتين إلّا أنّ بين يديها سبحة، و ذلك إليك، طوّلت أو قصّرت» «۶». و يرد عليه: أنّ هذه الروايات فى مقام دفع «۷» توهّم رجحان تأخير الظهر إلى حدّ محدود، كالقدمين و الذراع و القامة- على ما يتراءى من بعض الأخبار الدالّة على هذه التحديدات- «۸»

فبيّن الإمام بذلك أنّه ليس بعد دخول الوقت مانع عن فعل الفريضة إلّا النافلة، فلا ينتظر القدمين و لا الذراع و لا القامة و لا غيرها. و

الّذى يكشف عمّا ذكرنا ما عن محمّد بن أحمد بن يحيى، قال: «كتب بعض أصحابنا إلى أبى الحسن عليه السلام: أنّه روى عن آبائك: القدمين و الذراع و القامة و القامتين و ظلّ مثلك و الذراعين؟

فكتب عليه السلام: لا القدم و لا القدمين، إذا زال الشمس فقد دخل وقت الصلاة و بين يديها سبحة، فإن شئت طوّلت و إن شئت قصّرت.. الحديث» «۹». و الحاصل: أنّ من لاحظ الأخبار المذكورة يظهر له ما ذكرنا فى معنى الرواية غاية الظهور. ثمّ إنّه كيف يمكن الاستدلال بهذه الأخبار مع أنّ المراد بالمنع فى قوله عليه السلام: «لا يمنعك»: المنع الكمالى، لا منع الصحّة و الإجزاء، بقرينة استثناء النافلة، و المطلوب فى مسألة المضايقة منع الفائتة عن صحّة الحاضرة قبلها، فافهم.

الرابعة: ما دلّ على تأكّد استحباب فعل الصلاة جماعة «۱۰»

مع استمرار السيرة فى الجماعات على المبادرة إليها فى أوائل الأوقات، و ما دلّ على تأكّد استحباب فعل الصلاة فى المساجد «۱۱»، و على استحباب الأذان و الإقامة «۱۲» و تأكّدهما فى بعض الصلوات، و استحباب اختيار السور الطوال فى بعضها «۱۳» و الإتيان بسائر سننها «۱۴»، فإنّ امتثال هذه المستحبّات فى الحاضرة يقتضى عدم تأخيرها إلى الضيق، و فى الفوائت يقتضى عدم المبادرة إلى كلّ منهما. و الجواب عن هذه كلّها يظهر ممّا ذكرنا، من أنّ هذه الإطلاقات لا- تنفى فوريّة القضاء و لا اشتراط الأداء بخلوّ الذمّة عن القضاء، و المتأمل يجد بعد الإنصاف أنّ هذه كلّها أجنبيّة عن المطلب.

الخامسة: ما دلّ على استحباب المستحبّات.

و يرد عليها ما ورد فى السابق و هى نظير أدلّة المباحات «۱۵».

السادسة: ما دلّ على أنّه: «لا تعاد الصلاة إلّا من خمسة» «۱۶»

و على أنّ فروض الصلاة سبعة «۱۷» أو عشرة «۱۸». و يرد عليه: أنّ المراد عدم الإعادة من الإخلال سهوا بشىء غير الخمسة، و أنّ الفروض الشرعية بحسب أصل الشرع فى الصلاة سبعة، و أكثر أهل المضايقة يدّعون أنّ فوريّة القضاء يمنع عقلا عن صحّة الأداء. و كيف كان، فالتمسّك بهذه و أمثالها ممّا لم نذكره- و إن ذكره بعض- تضييع للقرطاس فضلا عن العمر.

السابعة: ما دلّ على تأكّد استحباب المبادرة مطلقا إلى الصلاة

فى أوائل أوقاتها «۱۹» فيشمل من عليه فائتة. و يرد عليه ما تقدّم فى إطلاقات الوجوب فى أوّل الوقت و صلاحيّة كلّ جزء من الوقت للحاضرة، من أنّها لا تنفى وجوب تقديم الفائتة، سواء أخذناه عن فوريّة القضاء- بناء على اقتضائها النهى عن الحاضرة- أو من دليل اعتبار الترتيب فى الحاضرة و إن لم يحكم بفوريّة الفائتة. مضافا إلى أنّ الاستحباب المذكور إنّما يتوجّه إلى فعل الحاضرة فى أوّل الوقت بعد الفراغ عن وجوبها و صحّتها، لأنّ استحباب بعض أفراد الواجب «۲۰» فرع وجوبه فى الواقع و فى لحاظ الحاكم بالاستحباب، و الكلام فى هذه المسألة فى ثبوت أصل وجوب الحاضرة فى الجزء الأوّل من الوقت لمن عليه فائتة، فالحكم بالاستحباب مقصور على من لا مانع فى حقّه عن وجوب الحاضرة عليه فى أوّل الوقت. و قد يرد هذه الإطلاقات بوجوب رفع اليد عنها

من جهة تسليم أهل المواسعة لاستحباب تقديم الفائتة، فلا يجامع استحباب الحاضرة فى أوّل وقتها. و فيه نظر، أمّا أوّلا: فلذهاب بعض أهل المواسعة- كالصدوقين و عبيد اللّه الحلبى و غيرهم- إلى استحباب تقديم الحاضرة «۲۱» و ذهاب بعض إلى التخيير بين تقديم الحاضرة و تقديم الفائتة «۲۲»

و لازم هذا القول- كما قدّمنا فى أوّل المسألة- : القول بأفضليّة فعل الحاضرة فى وقت فضيلتها. و أمّا ثانيا: فلأنّ القول باستحباب تقديم الفائتة إمّا أن يكون من جهة الاحتياط فلا ينافى أفضلية الحاضرة من حيث الفتوى الّتى هى مقتضى الأدلّة الاجتهاديّة، فيكون المسألة نظير الحكم بأفضليّة الإتمام فى المواطن

المكاسب، ج۴، ص ۳۵۶

الأربعة لظاهر الأدلّة و أنّ القصر أحوط، و كذا الحكم بأفضلية صلاة الجمعة، و كون الظهر أحوط و إمّا أن يكون من جهة الأخبار الدالّة على رجحان تقديم الفائتة بحملها على الاستحباب بعد فرض اختيار المواسعة. لكن نقول: لا تنافى بين استحباب تقديم الفائتة و بين استحباب فعل الحاضرة فى وقت فضيلتها، فإن أمكن الجمع بين المستحبّين بأن يقضى الفائتة و يعقّبها بالحاضرة قبل خروج وقت فضيلتها فقد فاز بالمصلحتين، و إن لم يمكنه إلّا إحداهما بعينها تعيّنت، أو لا بعينها تخيّر، أو قدّم الحاضرة لكثرة ما دلّ من الأخبار على الحثّ عليها فى ذلك الوقت «۱» و توعيد من أخّرها عنه «۲» و أنّ ما بقى من الوقت وقت رخصة لأهل الأعذار «۳»

أو لصلاة الصبيان «۴» و نحو ذلك. و كيف كان فكون كلّ من فعل الحاضرة فى وقت الفضيلة و تقديم الفائتة عليه مستحبّا ممّا لم يمنعه مانع، و قد ذكرنا أيضا فى أوائل المسألة أنّ جهات استحباب تقديم الفائتة ثلاث، و جهات تقديم استحباب الحاضرة أربع، فعليك بملاحظة ما يمكن اجتماعه من جهات تقديم إحداهما مع جهات تقديم الأخرى، فتدبّر.

[الدليل الثالث: الأخبار الخاصة]

اشارة

الثالث من وجوه الاحتجاج لأهل المواسعة: الأخبار الخاصّة- يعنى المختصّ بحكم قضاء الفوائت- و هى طوائف:

الأولى: ما دلّ على توسعة القضاء فى نفسها: فمن جملة ذلك: إطلاق الأخبار الكثيرة المشتملة على الأمر بالقضاء «۵»

و لا سيّما ما ورد فى الحائض و النفساء «۶». و يرد عليه: أنّ الاستدلال بالأوامر المطلقة- خصوصا الأوامر الواردة فى الحائض و النفساء- فى مقام بيان أصل الوجوب من غير تعرّض لوجوب المبادرة و عدمها فإنّ الأمر بناء على عدم دلالته بالوضع على الفور لا يدلّ على عدمه، بل غاية الأمر سكوته عنه، فلا ينافى إرادة الأمر، المبادرة إليه بأمر آخر، و ليس يلزم حينئذ تصرّف فى تلك الأوامر. فالمدّعى للفور و إن كان عليه إقامة الدليل إلّا أنّ الإطلاقات لا تدلّ على خلافه، نعم ظاهر الأمر- حيث إنّه موضوع لطلب الفعل الغير المقيّد بزمان- حصول الامتثال بالإتيان به فى الزمان الثانى و الثالث، و إن قلنا بدلالته على الفور، فتأمّل جدّا. و منها: ما عن أصل الحلبى- الّذى عرض على الإمام الصادق صلوات اللّه عليه و استحسنه- «۷»: «خمس صلوات يصلّين على كلّ حال و متى أحبّ، صلاة فريضة نسيها يقضيها مع طلوع الشمس و غروبها، و صلاة ركعتى الإحرام، و ركعتى الطواف الفريضة، و كسوف الشمس عند طلوعها و غروبها» «۸». و يرد عليه أنّ قوله: «يصلّين على كلّ حال» يدلّ على مشروعيتها فى مقام دفع توهّم المنع عنها عند طلوع الشمس و غروبها، لما استفاض من الأخبار الظاهرة فى النهى عن الصلاة عند طلوع الشمس و غروبها و أنّها تطلع بين قرنى الشيطان «۹»، و ليس

المراد سعة وقتها و اختيار المكلّف فى تعجيلها و تأخيرها، لأنّ هذا غير ممكن فى الكسوف و الطواف و صلاة الميّت المذكورة فى بعض الأخبار معها «۱۰»، فلا- ينافى هذا وجوب تعجيل القضاء متى ذكرها، و لذا جمع فى بعض الأخبار بين الفقرة المذكورة و بين وجوب القضاء متى ذكرها، مثل رواية زرارة- المحكيّة عن الخصال- عن أبى جعفر عليه السلام: «قال: أربع صلوات يصلّيها الرجل فى كلّ ساعة: صلاة فاتتك فمتى ذكرتها أدّيتها، و ركعتى طواف الفريضة و صلاة الكسوف و الصلاة على الميّت» «۱۱». و أمّا قوله: «متى أحبّ» فليس دليلا- على جواز التأخير، لعدم جريانها فى باقى الصلوات المذكورة فى الرواية، فلا بدّ من تأويلها على وجه لا ينافى التعجيل، و لا يحضرنى الآن تأويل حسن له و لا يهمّنا أيضا. هذا، مع أنّ العبارة المذكورة ليست برواية، لأنّ الحلبى لم يسندها إلى إمام، فلعلّها فتوى استنبطها من ظاهر بعض الروايات الدالة على التوسعة. و منها: ما عن الجعفى فى كتاب الفاخر- الّذى ذكر فى أوّله أنّه لم يرو فيه إلّا ما أجمع عليه و صحّ عنده عن قول الأئمّة عليهم السلام- من قوله قدّس سرّه:

«و الصلوات الفائتات تقضى «۱۲» ما لم يدخل عليه وقت صلاة، فإذا دخل وقت صلاة بدأ بالّتى دخل وقتها و قضى الفائتة متى أحبّ» «۱۳». و يرد عليه: أنّ الظاهر عدم كون القول المذكور متنا لرواية و إنّما هو معنى مستنبط من الروايات الظاهرة فى المواسعة، فليس دليلا- مستقلا. و منها: رواية عمّار المشتملة على مسائل متفرّقة، منها ما: «عن الرجل يكون عليه صلاة فى الحضر هل يقضيها و هو مسافر؟ قال: نعم، يقضيها باللّيل على الأرض، فأمّا على الظهر فلا، و يصلّى كما يصلّى فى الحضر» «۱۴». فإنّ الظاهر- بقرينة المنع عن القضاء على ظهر الراحلة و الأمر بفعلها كما فى الحضر- أنّ المراد قضاء الفريضة، فلو كان القضاء مضيّقا لجاز فعله على الراحلة كما فى الفريضة المضيّقة لضيق وقتها أو وقت التمكّن منها. و فيه، أوّلا: إنّه لا دلالة لها إلّا على عدم جواز فعل الفريضة على الراحلة، و أمّا وجوب النزول عنها لأجل القضاء إن تمكّن، و عدمه إن لم يتمكّن، فلا تعرّض لها فى الرواية، نعم ربّما كان فى قوله: «يقضيها باللّيل» دلالة على أنّه يؤخّرها إلى اللّيل ليقع على الأرض، فلا يقضيها بالنهار ليقع على الراحلة على ما هو الغالب من أنّ دأب المسافرين- خصوصا العرب- المشى بالنهار، فيكون وجه الدلالة ظهورها فى ترخيص تأخير القضاء إلى اللّيل و عدم وجوب المبادرة إليها بالنهار. نعم يمكن للقائلين بالمضايقة أن يقولوا: إنّ المبادرة إنّما يجب إذا أمكن فعل القضاء مستجمعا لجميع الشروط الاختياريّة لا مطلقا، لأنّ التضيّق إنّما جاء من دلالة الأمر على الفور أو من ورود الدليل على وجوب التعجيل. و على كلّ تقدير، فالفعل المشروط فى نفسه بشروط إذا أخّره المكلّف لتحصيل شرط من شروطه، لا يعدّ متوانيا فيه غير مستعجل، إذا لم يكن التأخير إلّا بمقدار تحصيل الشرط، و لهذا لم يلتزم أهل المضايقة بسقوط السورة و طهارة الثوب و البدن، بل مقدار الطهارة المائيّة إذا أوجب التأخير، و كان التعجيل يحصل بالتيمّم. و السرّ فى ذلك: أنّ ترخيص الفعل بدون الشرائط الاختياريّة إنّما يكون عند الاضطرار، و الاضطرار إنّما يحصل إذا دار الأمر بين فوت أصل الواجب إمّا لضيق الوقت أو لطروّ المانع- و لو بحسب ظنّ المكلّف- ، و فوات شروطه و أجزائه الاختياريّة، و أمّا إذا دار الأمر بين فوات التعجيل إلى الفعل و فوات تلك الشروط و الأجزاء الاختياريّة فلا يهمل جانب الشروط و يراعى التعجيل. و السرّ فيه: أنّ التعجيل المطلوب إنّما عرض للفعل بعد اعتبار الشروط و الأجزاء، فالمطلوب تعجيل الفعل المستجمع لها، فمتى لم يمكن

المكاسب، ج۴، ص ۳۵۷

تعجيل الفعل المستجمع لها و ارتقب زمان الاستجماع فلا يعدّ عاصيا فى التعجيل، و هذا هو السرّ فى التزام العقلاء فى مقام الإطاعة مراعاة جانب الشروط و الأجزاء و إن تأخّر زمان الفعل، بل لا يعدّ هذا تأخيرا، لأنّ التأخير و التعجيل إنّما يعتبران بالنسبة إلى أزمنة الإمكان، فافهم. و أمّا توهّم أنّ الإمام عليه السلام لم يستفصل بين السفر الضرورىّ و غيره فيأمره بترك غير الضرورىّ المستلزم لتأخير القضاء إلى اللّيالى، فمدفوع بأنّ مقام السؤال لا يقتضى ذلك- كما لا يخفى- فترك الاستفصال لا يجدى. و منها: رواية أخرى عن عمّار: «قال: سألته عن الرجل ينام عن الفجر حتّى يطلع الشمس و هو فى سفر، كيف يصنع، أ يجوز أن يقضيها بالنهار؟ قال: لا يقضى صلاة نافلة و لا فريضة بالنهار، و لا يجوز و لا يثبت له، و لكن يؤخّرها و يقضيها باللّيل» «۱». و يرد عليه: أنّ المنع التحريمىّ عن قضاء الفريضة بالنهار ممّا أجمع على خلافه الفتاوى و الأخبار، فإمّا يحمل على التقيّة فلا يجدى، و إمّا على الكراهة، و هى بعيدة عن مساقها

و مخالفة لظاهر الأخبار، بل صريح كثير منها، فان لم يكن هذا كلّه موجبا لطرحها جاز الاقتصار على موردها، و لا داعى إلى صرفها عن الحرمة إلى الكراهة، إذ كما أنّ الحرمة منافية للفتاوى و الأخبار، فكذلك الكراهة، كما لا يخفى. و منها: ما رواه في البحار عن السيّد ابن طاوس- في رسالة غياث سلطان الورى لسكّان الثرى- عن حريز، عن زرارة، عن أبى جعفر عليه السلام «قال: قلت له: رجل عليه دين من صلاة قام يقضيه فخاف أن يدركه الصبح و لم يصلّ صلاة ليلته تلك، قال: يؤخّر القضاء و يصلّى صلاة ليلته تلك» «۲» . و التقريب: أنّ الظاهر من الدين إمّا خصوص الفريضة الفائتة أو الأعمّ، و لا وجه للتخصيص بالنافلة، فيدلّ على جواز تأخير القضاء لنافلة اللّيل، ثمّ عدم الأمر بفعلها قبل الصبح يدلّ على عدم الترتيب. و يرد عليه: أنّ ظهور لفظ الدين في الفريضة محلّ نظر، بل لا يبعد- عند من له ذوق سليم- أن يراد من الدين- في مقابل صلاة ليلته تلك- صلوات سائر اللّيالى، فيكون حاصل الجواب: ترجيح أداء نافلة تلك اللّيلة على قضاء نافلة سائر اللّيالى.

و لو أغمض عن ذلك، فنقول: إنّ التمسّك بعمومه حسن لنفى الفوريّة، و أمّا نفى الترتيب فلا يستفاد منه خصوصا على تفصيلى المحقّق «۳» و العلّامة «۴». و منها: ما عن السيّد- أيضا- في رسالة المواسعة، عن أمالى السيّد أبى طالب الحسينى بإسناده إلى جابر بن عبد اللّه: «قال: قال رجل: يا رسول اللّه كيف أقضى؟ قال صلّى اللّه عليه و آله و سلم: صلّ مع كلّ صلاة مثلها. قال:

يا رسول اللّه قبل أم بعد؟ قال: قبل» «۵». و فيه: أنّ الأمر بالصلاة ليس للوجوب قطعا. فيمكن أن يكون إرشادا لكيفيّة قضاء ذلك الشخص، فلعلّه كان القضاء مستحبّا في حقّه فيستحبّ له قبل كلّ صلاة أن يقضى صلاة. و منها ما عن الذكرى، عن إسماعيل بن جابر: «قال: سقطت عن بعيرى فانقلبت على أمّ رأسى، فمكثت سبعة عشر ليلة مغمى علىّ، فسألته عن ذلك، قال: اقض مع كلّ صلاة صلاة» «۶». و فيه: أنّ الاستدلال به مبنىّ على وجوب القضاء على المغمى عليه- كما اعترف به في الذكرى- «۷» و هو مخالف للأخبار الكثيرة «۸». مع أنّ الرواية غير مذكورة- على ما قيل- «۹» في كتب الحديث، فلعلّ الشهيد أخذها من كتاب إسماعيل بن جابر أو من كتاب آخر أسندت فيه إلى إسماعيل، و هذا ممّا يوهن التمسك به. و منها: الأخبار المستفيضة الدالة على مرجوحيّة قضاء الفريضة، أو مطلق الصلاة عند طلوع الشمس حتى يذهب شعاعها «۱۰». و يرد عليه: أنّها مخالفة للأخبار الكثيرة الواردة على خلافها، و أنّ ما يقوله الناس: «إنّ الشمس تطلع بين قرنى الشيطان» كاذب، و أنّه لو صحّ فما أرغم أنف الشيطان بشىء مثل الصلاة «فصلّها و أرغم أنف الشيطان» «۱۱»، و الأخبار الدّالّة صريحا على عدم المنع عن قضاء الفريضة متى ما ذكرها، بل مطلق الصلاة، بل فعل ذات السبب مطلقا «۱۲». فالأولى حملها على التقيّة- و إن اشتمل بعضها على ما يخالف العامّة «۱۳»، فإنّه غير مناف للحمل عليها، خصوصا إذا لم يكن محمل غيرها- من جهة ورود الأخبار المعتبرة على خلافها. و منها: الأخبار المرخّصة لقضاء صلاة اللّيل في النهار و قضاء صلاة النهار بالليل، إن شاء بعد المغرب و إن شاء بعد العشاء «۱۴» مثل مصحّحة ابن مسلم: «عن الرجل يفوته صلاة النّهار. قال: يقضيها، إن شاء بعد المغرب و إن شاء بعد العشاء» «۱۵»، و نحوها مصحّحة الحلبى «۱۶»

إلى غير ذلك من الأخبار الدالّة على الرخصة المزبورة، فإنّ الصلاة المقضيّة فيها أعمّ من الفريضة و النافلة، بل يتعيّن حملها في الصّحيحتين على الفريضة بناء على القول بحرمة النافلة- و لو قضاء- في وقت الفريضة، بل و على القول بالكراهة أيضا، لظهورها في التساوى و عدم مزيّة في فعلها بعد العشاء. و يرد عليها: أنّ الظاهر من صلاة اللّيل و النهار- في هذه الروايات- نافلتهما، إذ الغالب التعبير عن الفرائض بأسمائها، كالظهرين أو المغرب و العشاء، مع أنّ الظاهر من فوت صلاة النّهار فوتها في النهار و فوت صلاة اللّيل في اللّيل، و حينئذ لا إشكال في أنّ الحكم قضاء الأوّل في الليل «۱۷»، و الثانى في النهار. نعم هذا لا يتمشّى في بعضها، مثل قوله: «اقض صلاة النهار أىّ ساعة شئت من ليل أو نهار» «۱۸» و نحوها، إلّا أنّه يمكن حملها على دفع توهّم المنع الحاصل عن مثل رواية عمّار المتقدّمة المانعة عن قضاء فائتة النهار إلّا في اللّيل «۱۹»، مع إمكان حمل النهار فيها على النهار الآخر، لا يوم الفوات.

الطائفة الثانية من الأخبار: ما دلّ على أنّه يجوز لمن عليه فائتة أن يصلّى الحاضرة في السعة

، و أن يتمّها بنيّتها إذا ذكر الفائتة في أثنائها، فمن جملة ذلك ما عن أصل الحلبي المتقدّم «۲۰» من قوله: «و من نام أو نسى أن يصلّى المغرب و العشاء الآخرة، فإن استيقظ قبل الفجر مقدار ما يصليهما، فليصلّهما، و إن استيقظ بعد الفجر فليصلّ الفجر ثمّ المغرب ثمّ العشاء» «۲۱». و دلالته على المطلوب واضحة بناء على أنّ وقت العشاءين يمتدّ للمضطرّ إلى طلوع الفجر. و حمل قوله: «بعد الفجر» على القريب من طلوع الشمس بعيد جدّا، فحمل الأمر بتقديم الفجر على الاستحباب أولى من ذلك التقييد، فيتمّ المطلوب، لكنّها لا تنفى التفصيل المتقدّم عن المختلف «۲۲». و منها ما تقدّم عن كتاب الفاخر «۲۳»- الّذى ذكر في أوّله: «أنّه لا يروى فيه إلّا ما اجمع عليه و صحّ من قول الأئمّة»- من قوله: «و الصلوات الفائتات تقضى ما لم يدخل عليه وقت صلاة، فإذا دخل وقت صلاة بدأ بالّتى دخل وقتها و قضى الفائتة متى أحبّ». و ظاهره وجوب التقديم، إلّا أن يحمل على الاستحباب، فيتمّ المطلوب و هى المواسعة المطلقة من دون تفصيل. لكنّ

المكاسب، ج۴، ص ۳۵۸

الإنصاف: أنّ عدّ هذين الكلامين من الرواية مشكل، فالظاهر كون الحكم المذكور من هذين الجليلين فتوى مستنبطة من ظاهر الروايات. و منها: ما أرسله الواسطى في كتابه عن الصادق عليه السلام: «إنّ من كان في صلاة ثمّ ذكر صلاة أخرى فائتة أتمّ التى هو فيها ثمّ قضى ما فاته» «۱». و حكى «۲» عنه نسبة هذا إلى أهل البيت عليهم السلام في موضع آخر من كتابه، و دلالته على المطلوب ظاهرة، فلا كلام إلّا في سنده. و منها: رواية أبى بصير المصحّحة: «إن نام رجل و لم يصلّ صلاة المغرب و العشاء الآخرة أو نسى، فإن استيقظ قبل الفجر مقدار ما يصلّيهما جميعا فليصلّهما، و إن خشى أن يفوته إحداهما فليبدأ بالعشاء الآخرة. و إن استيقظ بعد الفجر فليبدأ فليصلّ الفجر ثمّ المغرب ثمّ العشاء قبل طلوع الشمس، فإن خاف أن يطلع الشمس فيفوته إحدى الصلاتين فليصلّ المغرب ثمّ ليدع العشاء الآخرة حتّى يطلع الشمس و يذهب شعاعها ثمّ ليصلّ العشاء» «۳». و حكى نحوها عن رسالة السيّد ابن طاوس عن كتاب الحسين بن سعيد «۴». و نحوها ما عن الفقه الرضوىّ مسندا إلى العالم بزيادة قوله: «و إن خاف أن تعجّله طلوع الشمس و يذهب عنهما جميعا فليؤخّرهما حتّى يطلع الشمس و يذهب شعاعها» «۵». و الدلالة فيها ظاهرة على ما سبق في تقريب دلالة عبارة الحلبى «۶». و أمّا الحكم فيهما بتأخير القضاء إلى ذهاب شعاع الشمس فهو غير موهن للرواية- كما أنّ صحيحة زرارة «۷» الّتى هى العمدة في أدلّة الترتيب مشتملة على هذا الحكم أيضا- لأنّ غاية الأمر حمل هذه الفقرة على التقيّة و لا يوجب حمل ما في الخبر عليها، خصوصا مع احتمال حدوث سبب التقيّة بعد ذكر الفقرات السابقة. مع أنّ الرواية المرويّة عن الحسين بن سعيد، عن فضالة، عن ابن مسكان- أو ابن سنان «۸»- خالية عن الفقرة المذكورة. فالإنصاف ظهورها في المدّعى، نعم لا ينهض لردّ تفصيل المختلف، كما عرفت «۹». ثمّ إنّه حكى عن المحقّق في العزيّة «۱۰» أنّه أورد على هذين الخبرين فقال: إنّ خبرى أبى بصير و ابن سنان يدلّان على أنّ وقت العشاء يمتدّ إلى الفجر، و هو قول متروك، و إذا تضمّن الخبر ما لا نعمل به دلّ على ضعفه. ثمّ. قال: و أيضا فهما شاذّان، لقلّة ورودهما «۱۱»

بعد العمل بهما. ثمّ أجاب عن الأوّل: بأنّا لا نسلّم أنّ القول بذلك متروك، بل هو قول جماعة من فقهائنا المتقدّمين و المتأخّرين، منهم أبو جعفر بن بابويه «۱۲»-

و هو أحد الأعيان- و قد ذكر ذلك الشّيخ أبو جعفر الطوسى في مسائل من بعض أصحابنا «۱۳»، فكأنّه مشهور، و قالوا: هو وقت لمن نام أو نسى. و لو سلّمنا أنّ الوقت ليس بممتدّ، فما المانع أن يكون ذلك للتقيّة في القضاء، فإنّ رواية زرارة «۱۴»- الّتى هى حجّة في ترتيب القضاء- تضمّنت تأخير المغرب و العشاء حتّى يذهب الشّعاع، و من المعلوم أنّ الحاضرة لا يتربّص بها ذلك، فكيف ما يدّعى أنّه يقدّم على الحاضرة؟ ثمّ أجاب عن الثّانى بأنّه لا نسلّم شذوذهما و قد ذكرهما الحسين بن سعيد «۱۵» و الكلينى «۱۶» و الطوسى في التهذيب «۱۷» و الإستبصار «۱۸» و ذكره أبو جعفر بن بابويه في الفقيه «۱۹» و قد أودع فيه ما يعتقد أنّه حجّة فيما بينه و بين ربّه «۲۰»

(انتهى). و منها: مرسلة الوشّاء، عن جميل بن درّاج، عن أبى عبد اللّه عليه السلام: «قال: قلت: الرّجل يفوته الاولى و العصر و المغرب و

ذكرها عند العشاء الآخرة. قال:

يبدأ بالوقت الّذى هو فيه، فإنّه لا يأمن الموت، فيكون قد ترك صلاة فريضة فى وقت قد دخلت، ثمّ يقضى ما فاته، الأولى فالأولى» «۲۱». و عن المحقّق فى المعتبر «۲۲» روايته عن جميل «۲۳»، فلعلّه أخذه من كتابه. و وجه الدّلالة أنّ المراد من تذكّر المنسىّ عند العشاء، إمّا تذكّره عند دخول مطلق وقته، و إمّا بذهاب الحمرة المغربيّة- بناء على القول بأنّه آخر وقت المغرب كما هو مذهب جماعة- «۲۴» و إمّا زمان تمحّض الوقت له، و هو ما بعد ثلث اللّيل أو ربعه- بناء على انتهاء المغرب بذلك و بقاء العشاء إلى نصف اللّيل- و على أىّ حال فقد دلّت الرّواية على رجحان تقديم الحاضرة على الفائتة، و التّعليل المذكور أمارة الاستحباب. و لو أبيت إلّا عن كون وقت العشاء قبل تضيّقه وقتا للمغرب أيضا- على ما هو المشهور بين المتأخرين- أمكن حمل قوله: «بدأ «۲۵» بالوقت الّذى هو فيه». على المغرب و العشاء، فيكون المراد نسيان المغرب فى أوّل وقته لا مطلقا. و يحتمل أيضا إرادة مغرب اللّيلة السّابقة. و يحتمل أيضا أن يكون قد وقع ذكره على سبيل السّهو من السّائل فى مقام ذكر المثال للفوائت، كما جمع فى السّؤال عن تداخل الأغسال بين غسل العيد و عرفة و الجمعة «۲۶». و إن أبيت إلّا عن كون الكلّ مخالفا للظّاهر، قلنا: إنّ عدم مناسبة ذكر المغرب لظاهر السّؤال لا يوجب سقوط الجواب عن قابليّة الاستدلال، فإنّ ظهور الرّواية فى تقديم العشاء الحاضرة على قضاء الظّهرين ممّا لا ينبغى إنكاره، و هو كاف فى إثبات المواسعة المطلقة، خصوصا بملاحظة التّعليل المذكور فيها. و منها: موثّقة عمّار: «قال: سألته عن رجل يفوته المغرب حتّى يحضر العتمة؟ فقال: إذا حضر العتمة و ذكر أنّ عليه صلاة المغرب، فإن أحبّ أن يبتدئ بالمغرب بدأ، و ان أحبّ بدأ بالعتمة ثمّ صلّى المغرب بعد.. الخبر» «۲۷». بناء على أنّ المراد: مغرب اللّيلة السابقة، أو على القول المتقدّم من انتهاء وقت المغرب بدخول وقت العشاء، و دلالته حينئذ على جواز تقديم الحاضرة واضحة. و لا ينافيه الحكم باستحباب تقديم الحاضرة، و لا استحباب تقديم الفائتة، لإمكان حمل التخيير فيه على إرادة دفع توهّم تعيّن أحد الأمرين.

و منها: ما عن السيّد ابن طاوس فى رسالة المواسعة عن كتاب الحسين ابن سعيد، عن صفوان، عن العيص ابن القاسم: «قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل نسى أو نام عن الصلاة حتّى دخل وقت صلاة أخرى؟ فقال: إن كانت صلاة الأولى فليبدأ بها، و إن كانت صلاة العصر صلّى العشاء ثمّ صلّى العصر» «۲۸». بناء على أنّ المراد بصلاة الأولى هى مطلق الصلاة الّتى بعدها صلاة، فتعمّ المغرب، و يكون المراد بوقت الصلاة الأخرى: وقتها الّذى هو وقت اضطرارىّ للأولى، فيكون حاصل الجواب: أنّ الصلاة الاولى مع بقاء وقتها الاضطرارى يقدّم على الصلاة الأخرى، و أمّا مع فوات وقتها مطلقا فيقدّم عليها الحاضرة. و يمكن أن يراد من الصلاة الأولى صلاة الظهر، لشيوع إطلاقها عليها فى الأخبار، و كونها أوّل صلاة صلّاها رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلم لكن تخصيصه بالذكر من باب المثال، فيعمّ الحكم المغرب أيضا.

المكاسب، ج۴، ص ۳۵۹

و يحتمل أن يراد ب «الاولى» خصوص الظهر، فيكون وجه تقديم الظهر المنسيّة على العصر أنّه: «لا صلاة بعد العصر» «۱». و فى الرواية احتمالات أخر باعتبار رجوع كلّ من الضمير فى قوله: «و إن كانت» و قوله: «فليبدأ بها» إلى كلّ من الحاضرة و المنسيّة، إلّا أنّ الأظهر ما ذكرنا، مع أنّ دلالتها على تقديم العشاء الحاضرة على العصر المنسىّ واضحة على كلّ حال. و منها: المرويّة عن قرب الإسناد، عن علىّ بن جعفر، عن أخيه عليه السلام: «قال: و سألته عن رجل نسى المغرب حتّى دخل وقت العشاء الآخرة؟ قال: يصلّى العشاء ثمّ يصلّى المغرب. و سأله عن رجل نسى العشاء فذكر بعد طلوع الفجر؟ قال: يصلّى العشاء ثمّ يصلّى الفجر. و سأله عن رجل نسى الفجر حتّى حضرت الظهر. قال: يبدأ بالظهر ثمّ يصلّى الفجر، كذلك كلّ صلاة بعدها صلاة» «۲». فإنّ صدرها و ذيلها كالصريح فى جواز تقديم الحاضرة على الفائتة. و أمّا الحكم فيها بتقديم العشاء المنسيّة على الفجر فعلى وجه الأولويّة، كالحكم بتقديم الحاضرة فى الصورتين، لما ذكر من الضابط فى ذيلها. لكن يرد عليها: أنّ ظاهرها فوات وقت المغرب للناسى مع سعة وقت العشاء، و هو خلاف المشهور و الأدلّة «۳»، و إرادة آخر وقت العشاء يوجب الحكم بوجوب تقديم العشاء. هذا مع أنّ الضابط المذكور لا يخلو من إجمال،

لأنّ المشبّه به المشار إليه بقوله: «كذلك كلّ صلاة بعدها صلاة» يحتمل أن يكون الفائتة، و يحتمل أن يكون الحاضرة، و وجه الشبه إمّا الحكم بالتقديم و إمّا الحكم بالتأخير، و المراد من ثبوت صلاة بعدها أمّا مشروعيّة صلاة بعدها- و لو نفلا- «۴» و إمّا وجوب فريضة بعدها. نعم في بعض الأخبار ما يبيّن المراد منها، و هو ما عن الشيخ بإسناده عن الحسن الصيقل: «قال: سألت أبا عبد اللّٰه عليه السلام عن رجل نسي الأولى حتّى صلّى ركعتين من العصر؟ قال: فليجعلهما «۵» الاولى و ليستأنف العصر. قلت: فإنّه نسي المغرب حتّى صلّى ركعتين من العشاء ثمّ ذكر؟ قال: فليتمّ صلاته ثمّ ليقض بعد المغرب. قال: قلت له: جعلت فداك، قلت حين نسي الظهر ثمّ ذكر و هو في العصر يجعلها الاولى ثمّ يستأنف. و قلت: هذا يتمّ صلاته ثمّ ليقض بعد المغرب؟! قال: هذا ليس مثل ذلك، إنّ العصر ليس بعدها صلاة، و العشاء بعدها صلاة» «۶».

و في معناها ما عن دعائم الإسلام بزيادة قوله: «انّ العصر ليس بعدها صلاة، يعني لا يتنفّل بعدها، و العشاء الآخرة يصلّى بعدها ما يشاء» «۷». و هذا التفصيل محمول على الأولويّة بشهادة التعليل- فإنّ قضاء الصلاة بعد العصر جائز إجماعا- أو على التقيّة، ففيه دلالة على المواسعة و تفسير لما سبق من التفصيل في رواية عليّ بن جعفر المتقدّمة «۸»، إلّا أنّ ظاهره متروك عندنا- معاشر القائلين بعدم خروج وقت الظهر، خصوصا للناسي، إلّا إذا بقي مقدار صلاة العصر من وقتها- ، و حينئذ ففي غير ذلك الوقت يجب العدول، و فيه يحرم، فلا مورد للاستحباب، و هكذا الحكم المذكور للمغرب، فافهم. و منها: ما عن الشيخ، عن إسماعيل بن هشام، عن أبي الحسن عليه السلام: «عن الرجل يؤخّر الظهر حتّى يدخل وقت العصر، انّه يبدأ بالعصر ثمّ يصلّي الظهر» «۹». و فيه ما تقدّم، من أنّه لا يناسب ما هو المعروف من عدم خروج وقت الظهر إلّا إذا بقي مقدار صلاة العصر. و منها: ما عن الصدوق و الشيخ بإسنادهما عن إسحاق بن عمّار «قال: قلت لأبي عبد اللّٰه عليه السلام: «تقام الصلاة و قد صلّيت؟.

قال: صلّها و اجعلها لما فات» «۱۰». و دعوى اختصاص الصلاة الّتي صلّاها أوّلا بصورة نسيان وجوب القضاء، بعيدة. نعم ظاهر الرواية الاستحباب، فيمكن حملها على محتمل الفوات.

الطائفة الثالثة: ما دلّ من الأخبار على جواز النفل أداء، و قضاء، لمن عليه فائتة.

فمن جملة ذلك: ما استفاض من قصّة نوم النبيّ صلّى اللّٰه عليه و آله و سلم عن صلاة الصبح حتّى طلعت الشمس، فقام فصلّى هو و أصحابه أوّلا نافلة الفجر ثمّ صلّى الصبح «۱۱». و لا إشكال في سندها و دلالتها إلّا من جهة تضمّنها نوم النبيّ صلّى اللّٰه عليه و آله و سلم، بل في بعضها ما يدلّ على صدور السهو أيضا منه عليه السلام على ما يقوله الصدوق «۱۲» تبعا لشيخه ابن الوليد، بل عن ظاهر الطبرسي في تفسير قوله تعالى: وَ إِذا رَأَيْتَ الَّذِينَ يَخُوضُونَ فِي آياتِنا «۱۳» نسبة ذلك إلى الإماميّة في غير ما يؤدّونه عن اللّٰه «۱۴». لكنّ الظاهر شذوذ هذا القول و مهجوريّته، خصوصا فيما يتعلّق بفعل المحرّمات و ترك الواجبات. نعم قال في الذكرى- بعد ذكر رواية زرارة الدالّة على نوم النّبيّ صلّى اللّٰه عليه و آله و سلم- : إنّه لم نقف على رادّ لهذا الخبر من حيث توهّم القدح بالعصمة فيه «۱۵». و ظاهره أنّ قدح مضمونها في العصمة توهّم مخالف لما عليه الأصحاب ممّن تعرّض لذكر هذه الروايات. و يؤيّد ما ذكره ما عن رسالة نفي السهو للمفيد قدّس سرّه أنّه قال:

لسنا ننكر أن يغلب النوم على الأنبياء صلّى اللّٰه عليهم في أوقات الصلاة حتّى يخرج الوقت فيقضوها بعد ذلك، و ليس عليهم في ذلك عيب و لا نقص «۱۶»، لأنّه ليس ينفكّ بشر من غلبة النوم، و لأنّ النائم لا عيب عليه، و ليس كذلك السهو، لأنّه نقص عن الكمال في الإنسان، و هو عيب يخصّ به من اعتراه، و قد يكون من فعل الساهي تارة كما يكون من فعل غيره، و النوم لا يكون إلّا من فعل اللّٰه و ليس من مقدور العباد على حال، و لو كان من مقدورهم لم يتعلّق عيب و لا نقص لصاحبه، لعمومه «۱۷» جميع البشر، و ليس كذلك السهو، لأنّه يمكن التحرز منه، و لأنّا وجدنا الحكماء يجتنبون أن يودعوا أموالهم و أسرارهم من ذوي السهو و النسيان و

لاـ يمنعون من إيـداعها ممّن يغلبه النوم أحيانـا، كما لا يمنعون من إيـداعها ممّن يعرضه «۱۸» الأمراض و الأسـقام «۱۹» (انتهى موضع الحاجة). و عن شـيخنا البهائى- فى بعض أجوبة المسائل- ما لفظه: «الرواية المتضـمنة لنوم النبىّ صـلّى اللَّه عليه و آله و سـلم صـحيحة السـند، و قـد تلقّاه الأصـحاب بالقبول، حتّى قال شـيخنا فى الـذكرى: إنّه لم يجـد لها رادّا، فقبول من عدا الصدوق من الأصـحاب لها، شاهـد صدق على أنّهم لا يعدّون فوات الصـلاة بالنوم سـهوا، و إلّا لردّوها كما ردّوا غيرها ممّا هو صـريح فى نسـبة السـهو، و من شدّة وثوقهم بها استنبطوا منها أحكاما كثيرة ذكرتها فى حبل المتين، منها: قضاء النافلة، و منها: جواز النافلة لمن عليه فريضة «۲۰» (انتهى). و عن والده فى رسالة مفردة منسوبة إليه: إنّ الأصـحاب تلقّوا أخبار نوم النبىّ صـلّى اللَّه عليه و آله و سلم بالقبول «۲۱» (انتهى). و حينئذ نقول: إنّه لو لم نقل من جهة كثرة هذه الأخبار بجواز صدور ذلك عن النبىّ صـلّى اللَّه عليه و آله و سـلم- وفاقا لظاهر من عرفت- لم يثبت بالعقل و لا بالنقل امتناع ذلك عليه، فلا يجوز ردّ الاستدلال بالأخبار بما لم يثبت امتناعه عقلا و لا نقلا و لا ادّعى أحـد امتناعه. نعم

المكاسب، ج۴، ص ۳۶۰

حكى عن العلّامـة أنّه قال:- بعـد ذكر بعض الأخبار فى ذلك- : إنّ حديثهم باطل، لاسـتحالة صدور ذلك عن النبىّ صـلّى اللَّه عليه و آله و سلم «۱». و عن رسالة نفى السـهو المتقدمة «۲»- بعـد الاعتراف بعـدم امتناعه عقلا على ما عرفت- ذكر أنّ الخبر فى هذا المعنى من جنس الخبر فى السـهو و أنّه من الآحـاد الّتى لاـ توجب علمـا و لاـ عملا. و عن السـيّد ابن طاوس أنّه- بعـد ما ذكر عن بعض طرق العامّة أنّ رسول اللَّه صـلّى اللَّه عليه و آله و سلم نام هو و أصحابه آخر اللّيل إلى أن طلعت الشمس، فأوّل من استيقظ أبو بكر ثمّ عمر، فكبّر عمر تكبيرا عاليا فأيقظ رسول اللَّه صـلّى اللَّه عليه و آله و سلم فأمرهم بالارتحال، و سار غير بعيد، فنزل فصلّى الصبح- قال: «انظر أيّها العاقل فى وصـفهم لعناية اللَّه سبحانه نبيّهم، و أنّه سبحانه لا يصحّ أن ينام، و أنّ جبرئيل عليه السلام ما كان شفقته على نبيّهم دون عنايـة عمر حتّى كان يوقظه اللَّه أو جبرئيل، فإذا نظرت إلى روايتهم عن محمّـد صـلّى اللَّه عليه و آله و سـلم أنّه تنام عينه و لا ينام قلبه «۳»، و تفسيرهم لـذلك بـأنّ نومه لاـ يمنعه عن معرفـة الأـحوال «۴»، و نظرت فى رواياـتهم لوجـوب قضـاء مـا فـات عقيـب ذكره، ثمّ يذكرون فى هذه الرواية أنّه أخّر القضاء إلى بعد الارتحال، فإنّه قد نام قلبه حتّى لا يحسّ بخروج الوقت، فكلّ ذلك يشـهد بالمناقضـة فى رواياتهم و مقالاتهم و تكـذيب أنفسـهم «۵» (انتهى). و الإنصـاف أنّ نوم النـبىّ صـلّى اللَّه عليه و آله و سـلم أو أحـد المعصومين صلوات اللَّه عليهم عن الواجب- سيّما آكد الفرائض- نقص عليهم ينفيه ما دلّ من أخبارهم «۶» على كمالهم و كمال عناية اللَّه تعالى بهم فى تبعيدهم من الزلل، بل الظاهر بعد التأمّل أنّ هذا أنقص من سـهو النبىّ صـلّى اللَّه عليه و آله و سلم عن الركعتين فى الصلاة. و ما تقدّم «۷» من صاحب رسالة نفى السـهو ممنوع، بل العقل و العقلاء يشـهدون بكون السـهو عن الركعتين فى الصـلاة أهون من النوم عن فريضـة الصـبح، و أنّ هـذا النـائم أحقّ بـالتعبير من ذلك الساهى، بل ذاك لا يسـتحقّ تعييرا. و كون نفس السـهو نقصا دون نفس النوم، لا ينافى كون هـذا الفرد من النوم أنقص، لكشـفه عن تقصـير صاحبه و لو فى المقـدّمات. و بالجملـة، فصـدور هـذا مخالف لما يحصل القطع به من تتبع متفرّقات ما ورد فى كمالاتهم و عدم صدور القبائح منهم فعلا و تركا فى الصغر و الكبر عمدا أو خطأ. و لعلّه لـذا تنظّر فى الأخبار «۸» بعض المتـأخّرين- على مـا حكى عنهم- منهم: شيخنا البهائى «۹» بعد اعترافه بأنّ المسـتفاد من كلام الشـهيد المتقدّم عن الذكرى: تجويز الأصـحاب لذلك «۱۰» و عرفت أيضـا ما عن المنتهى و غيره «۱۱». اللّهمّ إلّا أن يقال بإمكان سـقوط أداء الصـلاة عنه صـلّى اللَّه عليه و آله و سـلم فى ذلك الوقت لمصلحة علمها اللَّه سبحانه، فإنّ اشتراكه صلّى اللَّه عليه و آله و سلم مع غيره فى هـذا التكليف الخاصّ ليس الدليل عليه أوضح من الأخبار المذكورة حتّى يوجب طرحها، خصوصا بملاحظة بعض القرائن الواردة فى تلك الأخبار، منها: قوله عليه السـلام- فى رواية سـعيد الأعرج- : «إنّ اللَّه تعالى أنام رسول اللَّه صلّى اللَّه عليه و آله و سلم إلى أن قال: و أسـهاه فى صـلاته فسلّم فى الرّكعتين.. إلى أن قال: و إنّما فعل ذلك رحمة لهذه الأمّة، لئلا يعيّر الرّجل المسـلم إذا هو نام على صلاته أو سـها.. الخبر» «۱۲» فتأمّل. و قوله صـلّى اللَّه عليه و آله و سـلم لأصـحابه مخاطبا لهم: «نمتم بوادى الشـيطان» «۱۳». و لم يقل

نمنا، فعلم أنّ النوم كان زللا منهم لا منه صلّى اللّه عليه و آله و سلم. ثمّ إنّ دلالهٔ الأخبار المذكورهٔ- بعد تسليمها- كغيرها من الأخبار المتضمّنهٔ لجواز النفل لمن عليه قضاء، على نفى المضايقهٔ و فوريّهٔ القضاء. و أمّا دلالتها على نفى الترتيب فهى مبتيّهٔ على عدم المدرك له إلّا الفوريّهٔ أو انعقاد الإجماع المركّب على أنّ كلّ من قال بالمواسعهٔ لم يقل بالترتيب، و كلاهما ممنوعان.

[الدليل الرابع: الإجماعات المنقولهٔ]

الرابع من حجج القول بالمواسعهٔ: الإجماعات المنقولهٔ. منها: ما تقدّم عن الجعفى من نسبهٔ ما يذكره فى كتابه الفاخر إلى المجمع عليه «۱۴». و منها: ما عن المعتبر من أنّ القول بالمضايقهٔ يلزم منه منع من عليه صلوات كثيرهٔ أن يأكل و أن ينام زائدا على الضرورهٔ، و لا يشتغل إلّا لاكتساب قوت يومه له و لعياله، و أنّه لو كان له درهم حرم عليه الاكتساب حتّى يخلو يده، و التزام ذلك مكابرهٔ صرفهٔ و التزام سوفسطائى. ثمّ قال: و لو قيل: قد أشار أبو الصلاح الحلبى إلى ذلك، قلنا «۱۵»: نعلم من المسلمين كافّهٔ خلاف ما ذكرنا، فإنّ أكثر الناس يكون عليهم صلوات كثيرهٔ فإذا صلّى الإنسان منهم شهرين فى يومه استكثره الناس «۱۶» (انتهى). و عن المختلف ما محصّله: أنّ القول بتحريم الحاضرهٔ فى أوّل وقتها مع القول بجواز غيرها من الأفعال ممّا لا يجتمعان، و الثانى ثابت بالإجماع على عدم إفتاء أحد من فقهاء الأمصار فى جميع الأعصار بتحريم زيادهٔ لقمهٔ أو شرب جرعهٔ، أو طلب الاستراحهٔ من غير نصب شديد، أو المنع من فعل العبادات الواجبهٔ، و المندوبهٔ لمن عليه قضاء، فيلزم انتفاء الأوّل «۱۷» (انتهى). و الجواب عن هذه الحجّهٔ: أنّه إن أريد دعوى إجماع العلماء فهو واضح المنع، مع ما عرفت من كثرهٔ القائلين بالمضايقهٔ من القدماء و دعواهم الإجماع. و عبارهٔ الجعفى يمكن حملها على أنّ ما ذكر فى كتابه مضمون الروايات المجمع عليها، بل يمكن دعوى ظهور قوله: «لا نذكر فيه إلّا ما اجمع عليه و صحّ من قول الأئمهٔ عليهم السلام» فيما ذكرنا، فإنّ كلمهٔ «من» بيان للموصول. و أمّا كلام المحقّق فمرجعها «۱۸» إلى دعوى «۱۹» سيرهٔ المسلمين، و هى غير معلومهٔ على وجه يجدى فى المقام، مع احتمال كونها ناشئهٔ عن قلّهٔ مبالاتهم فى الدين، و لذا تراهم يشتغلون بما ذكر من المباحات من اشتغال ذممهم بحقوق من يطالبهم مستعجلا- و لو بشاهد الحال، كمستحقّى الصدقات الواجبهٔ- و مع اشتغال ذممهم بحقوق اللّه الفوريّهٔ، كتعلّم العلم و اكتساب الأخلاق الجميلهٔ و دفع الأخلاق الرذيلهٔ، و تراهم يعاملون- بيعا و شراء- مع الأطفال الغير المميّزهٔ و المجانين، و لا يجتنبون عن النظر إلى غير المحارم زائدا على الوجه و الكفّين، كالشعر و الزند و الرجل إلى غير ذلك ممّا يطول الكلام بذكره. هذا مع أنّ استلزام المضايقهٔ لتحريم الأمور المذكورهٔ محلّ كلام فى الأصول بين أعاظم الفحول، فلعلّ السيرهٔ المذكورهٔ دليل على عدم الاستلزام، كما تمسّك بها بعض الأعلام فى هذا المقام. و منه يظهر ما فى دعوى العلّامهٔ فى المختلف. مضافا إلى أنّ نفى القول من فقهاء الأمصار بحرمهٔ ما ذكر مع اعترافه قدّس سرّه «۲۰» بذهاب السيّد و جماعهٔ إلى الحرمهٔ كما ترى. و بالجملهٔ فالتمسّك بالإجماع و السيرهٔ فى هذا المقام ليس إلّا لتكثير الأدلّهٔ، مع أنّه لا ينفى الترتيب إلّا إذا كان منوطا بالفوريّهٔ و مبتيا عليها.

[الدليل الخامس: لزوم الحرج]

الخامس من حجج القائلين بالمواسعهٔ: لزوم الحرج العظيم، الّذى يشهد بنفيه الأدلّهٔ الثلاثهٔ، بل الأربعهٔ. و يرد عليه أنّ الحرج لا يلزم

المكاسب، ج۴، ص ۳۶۱

إلّا مع كثرهٔ الفوائت، و حينئذ فإن كان لزومه على وجه يرتفع به التكليف حكم بمقتضاه، كما يحكم القائل بالمواسعهٔ عند ظنّ طروّ العجز، و كما يحكم بسقوط القيام فى الصلاهٔ عند تعسّره فلا يتعدّى إلى صورهٔ عدم لزوم الحرج، لقلّهٔ الفوائت. و ليس المقام ممّا يقضى لزوم الحرج بتشريع المواسعهٔ فى جميع الأفراد حتّى مع عدم الحرج، بأن يكون لزوم الحرج مؤسّسا للحكم، لأنّ ذلك إنّما هو

فیما کان العسر فی أغلب الموارد فیتبعها النادر، کما فی تشریع القصر فی السفر للحرج، و تشریع طهارة الحدید، و غیر ذلک، و لیس کـذلک ما نحن فیه قطعا «۱». فاندفع ما یقال: إنّ غرض المستدلّ أنّ المشـقّة النوعیّة الثابتة فی فوریّة القضاء یقتضی- بحسب الحکمة المرعیّة فی الشریعة السمحة السهلة- نفیها مطلقا، و إن انتفت المشـقّة الشخصیّة فی ثبوتها فی بعض الأحیان. هذا مع إمکان معارضته بأنّ حکمه عدم وقوع المکلّف فی تهلکـة «۲» بقائه مشغول الذمّة بالفوائت بعد الموت، اقتضت إیجاب المبادرة إلیها إذ قلّما اتّفق للمکلّف أن یکون علیه فوائت کثیرة لم یبادر إلیها فی السعة إلّا و قد مات مشغول الذمّة بها أو بأکثرها. و کیف کان، فهذا الدلیل- فی الضعف- کسابقه، إلّا أنّه ینفی الترتیب أیضا و لو لم ینشأ من المضایقة، لأنّ مقتضاه وجوب الاشتغال بالفوائت تحصیلا للترتیب بین الحاضرة و بین ما یمکن تقدیمه علیها من الفوائت، بل لو لم یشتغل بها أیضا کان فی نفس تأخیر الحاضرة حرج من جهة ضبط أواخر الأوقات بالساعات و العلامات إلّا إذا قلنا بأنّ الواجب تأخیر الحاضرة عن مجموع الفوائت، لا عن کلّ فائتة حتّی یجب الاشتغال بها مهما أمکن، فافهم. و الحاصل: أنّ لزوم العسر علی من کثر علیه الفوائت مسلّم، سواء قلنا بالمضایقة أم قلنا بلزوم الترتیب من دون المضایقة، لکنّ الحکم بنفیهما «۳» عموما حتّی فی مورد عدم الحرج یحتاج إلی دلیل آخر. و التمسّک بالإجماع المرکّب فی غیر موضعه، لأنّ الفصل فی الأحکام التکلیفیّة بین موارد الحرج و غیرها، لکثرة وقوعه فی الشریعة لا یعلم مخالفته فی هذه المسألة لقول الإمام علیه السلام، و إن کان القطع به فی بعض الموارد ممکنا، «۴» إلّا أنّ غلبة الفصل بین الموردین فی المسائل ممّا یمنع القطع غالبا، فافهم، فإنّه نافع فی کثیر من الموارد. و هذا خلاصة أدلّة القول بالمواسعة، و قد عرفت ضعف أکثرها، مع عدم الدلالة علی الترتیب خصوصا فیما عدا فوائت الیوم.

[أدلة القول بالمضایقة]

اشارة

و أمّا ما یمکن ان یستدلّ به للقول بالمضایقة فوجوه:

الأوّل: الأصل.

و المراد به: أصالة الاحتیاط، إمّا من حیث الفوریّة، لتیقّن عدم المؤاخذة- علی تقدیر التعجیل- و عدم الأمن منه- علی تقدیر التأخیر، مطلقا أو مع اتّفاق طروّ العجز. و إمّا من حیث تیقّن امتثال الحاضرة علی تقدیر تأخیرها عن الفائتة أو إیقاعها فی ضیق الوقت و الشکّ فی الامتثال لو قدّمها علی الفائتة. و الجواب عنه: عدم وجوب الاحتیاط لا من جهة الفوریّة و لا من جهة الترتیب، لما تقرّر فی محلّه من دلالة العقل و النقل علی عدم المؤاخذة عمّا لم یعلم کونه منشأ لها، سواء کان الشکّ فی التکلیف الأصلیّ أم کان فی التکلیف المقدّمیّ، کالجزء، و الشرط. ثمّ إنّه لو قلنا بأصالة الاحتیاط فی الوجوب المقدّمیّ من قبیل الجزء، و الشرط- علی ما هو مذهب جماعة «۵»، و قد کنّا نقوّیه سابقا بدعوی اختصاص أدلّة البراءة- عقلا و نقلا- بالشکّ فی التکلیف المستقلّ، کوجوب الدعاء عند رؤیة الهلال أو غسل الجمعة، لکن وجوب الاحتیاط فی التکلیف الوجوبیّ المستقلّ مما لم یقل به أحد من المجتهدین و الأخباریّین علی ما ادّعاه بعض الأخباریین من اختصاص الخلاف بین الأخباریّین و المجتهدین فی وجوب الاحتیاط و عدمه بغیر هذه الصورة من صور الشبهة فی الحکم الشرعیّ. و علی هذا فوجوب الاحتیاط من جهة الفوریّة و وجوب المبادرة إلی القضاء لمجرّد احتمال العقاب علی التأخیر ممّا لم یقل به أحد. و أمّا أصالة الاحتیاط من جهة الشکّ فی اعتبار الترتیب- علی ما هو مذهب جماعة فی الشکّ فی الشرطیّة و الجزئیّة- فهی أیضا غیر جاریة فی المقام و إن قلنا بجریانها فی غیره، لأنّ الترتیب عند أهل المضایقة من جهة لزوم المبادرة، فالشکّ فی اعتبار الترتیب مسبّب عن الشک فی لزوم المبادرة، و إذا کان المرجع عند الشک فی لزوم المبادرة أصالة البراءة عنه بالإتّفاق علی

ما ذكر لم يجب الاحتياط عند الشكّ فی اعتبار الترتيب. بل المرجع إلی أصالة البراءة الّتی هی الأصل فی الشكّ، الّذی صار منشأ لهذا الشكّ، لما تقرّر فی محلّه من أنّ أحد الأصلين إذا كان الشكّ فی مجراه سببا للشكّ فی مجری الآخر، فهو حاكم علی صاحبه، و لا يلتفت إلی صاحبه، و لذا لو شككنا فی وجوب تقديم إخراج النجاسة عن المسجد علی الصلاة فيه، لأجل الشكّ فی وجوب إخراج النجاسة الغير الملوّثة منه لم يكن هناك موضع إجراء أصالة الاشتغال باتّفاق من القائلين بجريانها عند الشكّ فی اعتبار شیء فی العبادة المأمور بها. و الحاصل أنّ أصالة البراءة حاكمة علی أصالة الاشتغال، مع كون الشكّ فی مجری الثانية مسبّبا عن الشكّ فی مجری الأولی، و هذا هو الضابط فی كلّ أصلين متعارضين، سواء كانا من جنس واحد، كاستصحابين أو من جنسين، كما فيما نحن فيه. و الظاهر أنّ تقديم البراءة علی الاحتياط- فی مثل ما نحن فيه- ممّا اتّفق عليه الموجبون للاحتياط، و إن اختلفوا فی الاستصحابين المتعارضين إذا كانا من هذا القبيل. ثمّ إنّ ما نحن فيه ليس من الشك فی شرطيّة شیء لعبادة أو جزئيته لها، بل الشكّ فی صحّة العبادة لأجل الشكّ فی ثبوت تكليف آخر أهمّ منه، فإذا انتفی بأصالة البراءة فلا مسرح للاحتياط الواجب، فافهم و اغتنم. و اعلم أنّ جميع ما ذكرنا إنّما هو علی تقدير تسليم الصغری، و هی أنّ الاحتياط فی تقديم الفائتة، و أمّا لو أخذنا بظواهر العبائر المحكيّة عن جماعة من القدماء «۶» كظاهر بعض الأخبار من وجوب تقديم الحاضرة و إن كانت موسّعة «۷»، أو لاحظنا قول جماعة كثيرة بثبوت الوقت الاضطراری «۸» فلا احتياط فی المقام.

الثانی: إطلاق أوامر القضاء

، بناء علی كونها للفور أمّا لغة- كما عن الشيخ و جماعة «۹»- ،

و إمّا شرعا- كما عن السيّد- مدعيا إجماع الصحابة و التابعين عليه «۱۰»، و إمّا عرفا- كما يظهر عن بعض أدلة بعض المتأخرين. و

الجواب: منع كونه للفور، لا

المكاسب، ج۴، ص ۳۶۲

لغة و لا شرعا و لا عرفا.

الثالث: ما دل علی وجوب المبادرة إلی القضاء

، فمن ذلک قوله تعالی: أَقِمِ الصَّلاةَ لِذِكْرِی «۱» فعن الطبرسی- بعد ذكر جملة من معانيه- و قيل: معناه أقم الصلاة متی ذكرت أنّ عليک صلاة، كنت فی وقتها أم لم تكن- عن أكثر المفسرين- و هو المروی عن أبی جعفر عليه السلام «۲». و عن القمی: إذا نسيت صلاة ثمّ ذكرتها، فصلّها «۳». و فی الذكری: «قال كثير من المفسرين: إنّه فی الفائتة، لقول النبی صلّی اللّه عليه و آله و سلم: من نام عن صلاة أو نسيها فليصلّها إذا ذكرها، إنّ اللّه تعالی يقول أَقِمِ الصَّلاةَ لِذِكْرِی. و فی رواية زرارة عن أبی جعفر عليه السلام أنّه قال: «إذا فاتتک صلاة ذكرتها فی وقت أخری، فإن كنت تعلم أنّک صلّيت الّتی فاتتک، كنت من الأخری فی وقت فابدأ بالّتی فاتتک إنّ اللّه عزّ و جل يقول وَ أَقِمِ الصَّلاةَ لِذِكْرِی «۴»» (انتهی). و مثلها- فی تفسير الآية- : صحيحة أخری لزرارة الواردة فی حكاية نوم النبی صلّی اللّه عليه و آله و سلم، و فيها قوله عليه السلام:

«من نسی شيئا من الصلاة فليصلّها إذا ذكرها، إنّ اللّه تعالی يقول وَ أَقِمِ الصَّلاةَ لِذِكْرِی» «۵». و منها: الأخبار الدالّة علی الأمر بالقضاء عند ذكره، مثل ما تقدّم فی تفسير الآية، و مثل ما عن السرائر «۶» فی الخبر المجمع عليه بين جميع الأمة: «من نام عن صلاة أو نسيها فوقتها حين يذكرها» «۷». و مثل رواية حمّاد، عن نعمان الرازی:

«قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل فاته شیء من الصلوات فذكرها عند طلوع الشمس و عند غروبها؟ قال: فليصلّها عند

ذكرها» «۸». و روايـة يعقوب بن شـعيب: «عن الرجل ينام عن الغداة حتى تبزغ الشـمس، أ يصـلّى حين يستيقظ، أو ينتظر حتّى تنبسـط الشـمس؟ قال: يصـلّى حين يستيقظ» «۹»، إلى غير ذلـك مما هو بهـذا المضـمون «۱۰». و مثـل مـا دلّ من الأخبـار «۱۱» على أنّ عـدّة صلوات يصـلّين على كلّ حال، منها: صـلاة فاتتك تقضـى حين تـذكر. و تقريب الاسـتدلال بالآية و الروايات: أنّ توقيت فعل الصـلاة بوقت الـذكر ظاهر في وجوب إيقاعها في ذلك الوقت، فهو وقت للواجب، لا لمجرّد الوجوب، كما في قول القائل: أدخل السوق عند طلوع الشـمس أو الزوال، أو افعل كـذا حين قدوم زيد، و نحو ذلك. و حملها على الاسـتحباب مخالف لظاهرها، خصوصا ظاهر الآية، حيث إنّ قوله تعـالى أَقِمِ الصَّلاةَ «۱۲» عطف على قوله فَاعْبُدْنِي الصـريح في الوجوب، و كذا حملها على مجرد الإذن في المبادرة في مقام رفع توهّم الحظر عنها في بعض الأوقات التي نهى عن الصـلاة فيها تنزيها أو تحريما. و منها: ما دلّ على عـدم جواز الاشـتغال بغير القضاء، مثل صـحيحة أبي ولّاد- الواردة في حكم المسافر القاصـد للمسافة، الراجع عن قصده قبل تمامها- و في آخرها: «فإن كنت لم تسـر في يومك الذي خرجت فيه بريدا، فإنّ عليك أن تقضـي كلّ صـلاة صليتها بالقصر بتمام، من قبل أن تبرح من مكانك» «۱۳». و صحيحـة زرارة: «عن رجل صـلّى بغير طهور أو نسـي صـلاة أو نام عنها، قال: يقضـيها إذا ذكرها، في أيّ ساعة ذكرها من ليل أو نهار، فإذا دخل وقت صـلاة و لم يتمّ ما فاته فليقض، ما لم يتخوّف أن يـذهب وقت هـذه الصـلاة الّتي قد حضـرت، و هذه أحقّ بوقتها، فإذا قضاها فليصلّ ما قد فاته ممّا قد مضـى، و لا يتطوّع بركعة حتّى يقضي الفريضة كلّها» «۱۴». و الجواب: أمّا عن الآية «۱۵» فبأنّه إن أريد إثبات دلالتها بنفسـها على فوريّة القضاء، فدونه خرط القتاد، إذ لا ظهور فيها إلّا في خطاب موسـى عليه السلام بإقامة الصلاة، فإنّ قوله تعالى لِذِكْرِي يحتمل أن يكون قيدا لكلا الأمرين، أعني قوله فَاعْبُدْنِي- وَ أَقِمِ الصَّلاةَ خصوصا بعد ملاحظة أنّ في نسيان مثل موسـى لصـلاة الفريضة بل نومه عنها كلاما تقدّم شـطر منه في نوم النبي صـلّى اللّه عليه و آله و سلم «۱۶» و «اللام» فيه يحتمل وجوها، و كـذا «الـذكر». و بالجملـة، فعدم دلالة الآية بنفسـها على المدّعى بحسب فهمنا ممّا لا يحتاج إلى بيان وجوه إجمال الآية أو بعضـها: و لذا لم يحك عن أحد من المفسّـرين من تفسيرها «۱۷» بخصوص الفائتـة، حتّى يمكن حمل الأمر فيها على الفور. و إن أريد دلالتها بضـميمة ما ورد في تفسيرها- من الروايات المتقدّمة المستشـهد بها فيها على وجوب القضاء عند الذكر- منعنا دلالتها، لأنّ الرواية الأولى عاميّة «۱۸» و الصحيحة الآخرة «۱۹» لزرارة «۲۰» مع اشتمالها على نوم النبي صلّى اللّه عليه و آله و سلم و أصحابه عن منامهم بعد الاستيقاظ، و تقديم نافلة الفجر، بل الأذان و الإقامة. بل قد تدلّ مراعاة النبيّ صـلّى اللّه عليه و آله و سلم للتجنب عن وادي الشيطان و عدم تأخيره نافلة الفجر عن فريضتها و عدم ترك الأذان و الإقامة على عدم استحباب المبادرة إلى القضاء على وجه يكون له مزيّة على المستحبّات المذكورة. و أمّا الرواية الأولى لزرارة «۲۱»، فلا دلالة فيها إلّا على تقدير كون الأمر للفور و قد عرفت منعه سابقا «۲۲»، فهي لا تدلّ إلّا على الأمر بتقـديم الفائتـة الواحـدة على الحاضـرة، و أين هذا من القول بالمضايقة و وجوب المبادرة، و بطلان الحاضـرة لو قدّمها على الفائتـة و إن تعـدّدت. و أمّا الأخبـار «۲۳»- غير صـحيحي أبي ولّـاد «۲۴» و زرارة «۲۵»- فهي بين مسوق لبيـان أصـل وجوب قضـاء المتروك لعذر، و مسوق لبيان عدم اختصاص القضاء بوقت دون وقت في مقام رفع توهّم مرجوحيّته في بعض الأوقات. مع أنّه لو سلّم دلالتها على الفور، فهي بنفسها لا يستلزم «۲۶»

الترتيب، إلّـا إذا قلنـا باسـتلزام الأـمر بالشـيء النهي عن ضـدّه، أو عـدم الأـمر به، كما أنّ ما دلّ بظاهره على الترتيب لا يسـتلزم وجوب المبادرة، كما عرفت سابقا «۲۷».

نعم لو ثبت إجمـاع مركّب أمكن الاسـتدلال بمـا دلّ على أحـدهما على الآـخر بضـميمة الإجمـاع، و هو غير ثابت. و بهـذا يمكن دفع الاسـتدلال بالصـحيحتين الأخيرتين، أعني صـحيحي أبي ولّاد و زرارة. مع أنّ دلالة صـحيحة أبي ولّاد على المطلب موقوفة على القول بوجوب قضاء الصلوات المقصورة إذا بدا له عن السـفر قبل إتمام المسافة، و هو- مع أنّه ممّا لم يقل به أحد- مخالف لصحيحة زرارة الأخرى «۲۸» الصريحة في نفي الإعادة على من رجع عن قصد السفر بعد الصلاة قصرا، فالمتّجه حمل الرواية على الاستحباب، فلا تدل على وجوب المبـادرة. و أمـا صـحيحة زرارة «۲۹» فهي- كبعض الأخبـار الآتيـة «۳۰»- عمـدة أدلّـة هـذا القول. و ربّما يجاب عنها بأنّ

إطلاق السؤال منها، فيها، يقتضى حمل القضاء- فى الجواب- على مطلق الأداء، كما استعمل فيه فى آخر الخبر، فلا يكون الغرض إلّا إيجاب الفعل وقت الذكر. و هو ضعيف لمخالفته ظاهر السؤال، فضلا عن ظواهر فقرأت الجواب، لأنّ النوم عن الصلاة، و نسيانها لا يصدق عرفا، بل و لا لغة، إلّا إذا نام أو نسى

المكاسب، ج۴، ص ۳۶۳

فى مجموع الوقت. و يتلوه فى الضعف حمل السؤال على كونه عن وقت القضاء مع العلم بأصل وجوبه، فيكون الجواب لبيان الرخصة فى القضاء فى أىّ ساعة ذكر و لو فى أوقات يكون فعل الصلاة فيها مطلقا أو فى الجملة مرجوحة، كما إذا دخل وقت الفريضة، و كما بعد صلاة العصر و الفجر. و يؤيّده قوله عليه السلام فى صحيحة أخرى لزرارة: «فى أىّ ساعة ذكرتها و لو بعد صلاة العصر» «۱». و وجه الضعف: أنّ دعوى كون السؤال عن وقت القضاء مع الفراغ عن أصل وجوبه ممنوعة، و مخالفة لظاهر السؤال، كما لا يخفى. فالأحسن تسليم ظهور الرواية- بنفسها- فى وجوب المبادرة، و حملها على ما ذكرنا: من بيان تعميم وقت الرخصة، أو على الاستحباب بمعونة ظهور بعض ما تقدّم من أخبار المواسعة. و ربّما يشهد للأوّل كثرة الأخبار الواردة فى أوقات قضاء النوافل و الفرائض فى مقام السؤال عن تعيين وقت القضاء، و يظهر ذلك لمن لاحظ كتاب الوسائل فى باب عدم كراهة القضاء فى وقت من الأوقات «۲». ثمّ لو سلّم دلالتها على المبادرة لم يكن فيه دلالة على الترتيب، إلّا إذا قلنا بكون الأمر بالشىء مستلزما للنهى عن ضدّه الخاص، أو لعدم الأمر به، أو قام إجماع مركّب فى البين و كلاهما ممنوعان.

الرابع: من أدلّة هذا القول: ما دلّ على الترتيب و تقديم الفائتة فى الابتداء

و العدول من الحاضرة إليها فى الأثناء مثل صحيحة زرارة، عن أبى جعفر عليه السلام: «إذا نسيت صلاة أو صلّيتها بغير وضوء أو «۳» كان عليك قضاء صلوات، فابدأ بأوّلهن و أذّن لها و أقم، ثمّ صلّها، و ثمّ صلّ ما بعدها بإقامة، إقامة لكلّ صلاة «۴». و قال: قال أبو جعفر عليه السلام: فإن كنت قد صلّيت الظهر و قد فاتتك الغداة فذكرتها، فصلّ الغداة فى «۵» أىّ ساعة ذكرتها و لو بعد العصر، و متى ما ذكرت صلاة فاتتك صلّيتها «۶». و قال: إذا نسيت الظهر حتّى صلّيت العصر فذكرتها و أنت فى الصلاة، أو بعد فراغك فانوها الأولى، ثمّ صلّ العصر، فإنّما هى أربع مكان أربع. و إن ذكرت أنّك لم تصلّ الأولى و أنت فى صلاة العصر و قد صلّيتها «۷» ركعتين، فانوها الأولى، ثمّ صلّ الركعتين الباقيتين و قم و صلّ العصر. و إن كنت قد ذكرت أنّك لم تصلّ العصر حتّى دخلت «۸» المغرب و لم تخف فوتها، فصلّ العصر، ثمّ صلّ المغرب. و إن كنت قد صلّيت المغرب فقم فصلّ العصر. فإن كنت قد صلّيت من المغرب ركعتين ثمّ ذكرت العصر فانوها العصر، ثمّ قم فأتمّها بركعتين، ثمّ تسلّم، ثم تصلّى المغرب. و إن كنت قد صلّيت العشاء الآخرة و نسيت المغرب فقم و صلّ المغرب. و إن كنت ذكرتها و قد صلّيت من العشاء الآخرة ركعتين، أو قمت فى الثالثة، فانوها المغرب ثمّ سلّم، ثمّ قم فصلّ العشاء الآخرة. و إن كنت قد نسيت العشاء الآخرة حتّى صلّيت الفجر فصلّ العشاء الآخرة. و إن كنت ذكرتها و أنت فى الركعة الأولى، أو الركعة الثانية من الغداة، فانوها العشاء، ثمّ قم فصلّ الغداة و أذّن و أقم. و إن كانت المغرب و العشاء قد فاتتك جميعا، فابدأ بهما قبل أن تصلّى «۹» الغداة، ابدأ بالمغرب ثمّ العشاء. فإن خشيت أن يفوتك الغداة إن بدأت بهما فابدأ بالمغرب، ثمّ صلّ الغداة، ثمّ صلّ العشاء، فإن خشيت أن يفوتك الغداة إن بدأت بالمغرب فصلّ الغداة، ثمّ صلّ المغرب و العشاء، ابدأ بأوّلهما، لأنّهما جميعا قضاء أيّهما ذكرت، فلا تصلّهما «۱۰» إلّا بعد ذهاب شعاع الشمس. قلت: لم ذاك «۱۱»؟ قال: «لأنّك لست تخاف فوتها» «۱۲». و رواية صفوان بن يحيى، عن أبى الحسن عليه السلام: «قال: سألته عن رجل نسى الظهر حتى غربت الشمس و قد كان صلّى العصر. قال: قال «۱۳» أبو جعفر عليه السلام: و «۱۴» كان أبى يقول: إن أمكنه أن يصلّيها قبل أن يفوته المغرب بدأ بها، و إلّا صلّى المغرب، ثمّ صلّاها» «۱۵». و رواية أبى بصير: «عن رجل نسى الظهر حتّى دخل وقت العصر قال: يبدأ بالظهر، و كذلك الصلوات تبدأ بالتى نسيت إلّا أن تخاف أن يخرج وقت الصلاة فيبدأ بالّتى أنت فى وقتها، ثمّ تصلّى «۱۶» الّتى نسيت» «۱۷». و رواية زرارة- المتقدمة

فی تفسير الآيهٔ- «۱۸». و روايهٔ البصری: «قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السلام عن رجل نسی صلاهٔ حتی دخل وقت صلاهٔ أخری؟ فقال: إذا نسـی صـلاهٔ أو نام عنها، صـلّاها حين يذكرها، فإذا ذكرها و هو فی صـلاهٔ بدأ بالّتی نسـی، و إن ذكرها مع إمام فی صـلاهٔ المغرب أتمّها بركعهٔ، ثمّ صـلّی المغرب ثمّ صلّی العتمهٔ بعدها.. الخبر» «۱۹». و روايـهٔ معمّر بن يحيی: «قال: سألت أبا عبد اللّه عليه السـلام: عن رجل صـلّی علی غير القبلـهٔ، ثمّ تبيّن له القبلـهٔ و قد دخل وقت صـلاهٔ أخری؟ قال: يصـلّيها قبل أن يصـلّی هذه الّتی دخل وقتها، إلّا أن يخـاف فوت الّتی دخل وقتها» «۲۰». و المحكیّ «۲۱» عن دعائم الإسـلام: «قال»: روينا عن جعفر بن محمّد عليهما السـلام أنّه قال: من فاتته صـلاهٔ حتّی دخل وقت صـلاهٔ أخری، فإن كان فی الوقت سـعهٔ بدأ بالّتی فاتت، و صـلّی الّتی هو منها فی وقت، و إن لم يكن من الوقت إلّا مقدار ما يصلّی الّتی هو فی وقتها بدأ بها، و قضی بعدها الّتی فاتت» «۲۲». و المحكیّ عن كتب الأصحاب «۲۳»- مرسـلا- عن النبی صلّی اللّه عليه و آله و سـلم أنّه قال: «لا صـلاهٔ لمن عليه صلاهٔ» «۲۴» و لاـ ريب فی أنّه يصـدق علی المكلّف- قبل تنجّز الحاضـرهٔ عليه و مشـروعيّتها له- أنّه عليه صـلاهٔ، فينفی مشـروعيّهٔ الحاضـرهٔ و تعلّقهـا فی ذمّته بمقتضـی الروايـهٔ، و لاـ يجـوز قلب الاستدلال بها فيما إذا فرض تذكّر الفائتهٔ بعد تنجّز الحاضرهٔ عليه كما لا يخفی بأدنی التفات. و الجواب: أمّا عن صحيحهٔ زرارهٔ الطويلهٔ «۲۵» فبأنّ مواضع الدلالهٔ فيها فقرأت: إحداها: قوله عليه السـلام: «و إن كنت قد ذكرت أنّك لم تصلّ العصر حتّی دخل وقت المغرب و لم تخف فوتها فصلّ العصر ثمّ صلّ المغرب.. الخبر». و لا يخفی- علی المتأمّل فيها- ظهورها فی تضيّق وقت المغرب و فواتها بزوال الحمرهٔ، و إلّا لم يناسب التفصـيل- فی فرض نسـيان العصر إلی دخول المغرب- بين خوف فوات المغرب و عدمه، و حينئذ فلا ينهض الروايـهٔ دليلاـ علی المضايقـهٔ، بنـاء علی مـا هو المشـهور بين المتأخّرين من كون زوال الحمرهٔ آخر وقت الفضـيلهٔ دون الإجزاء، فتعيّن حمل الأمر علی الاسـتحباب، و كون إدراك فضـيلهٔ المغرب أولی من المبادرهٔ إلی الفائتـهٔ بحكم مفهوم القيـد فی قوله: «و لم تخف». الثانيـهٔ: قوله عليه السـلام: «و إن كنت قـد صـلّيت من المغرب ركعتين» و الظـاهر أنّ الحكم بالعـدول فی هـذه الفقرهٔ مقيّـد- كـالحكم السابق- بعدم خوف فوات وقت المغرب. و حاصل الحكمين:

أنّه إذا لم يخف فوت المغرب قـدّم العصـر ابتداء و عدل إليها فی أثناء المغرب، فيكون مفهوم القيد فی قوله عليه السـلام: «و لم يخف فوتها» مفيدا «۲۶» لانتفاء الحكمين عند خوف

المكاسب، ج۴، ص ۳۶۴

وقت فضـيلهٔ المغرب، فيكون الراجـح- عند خوف فوت وقت الفضـيلهٔ- تقديم الحاضـرهٔ، و هذا مخالف للقول بالمضايقهٔ، فلا محيص عن حمل الأمر بالعدول علی الاستحباب.

الثالثهٔ: قوله عليه السلام: «و إن كنت قد ذكرتها- يعنی: العشاء الآخرهٔ- و أنت فی الركعهٔ الأولی أو الثانيهٔ من الغداهٔ.. إلخ». و الإنصاف ظهور دلالـهٔ هـذه الفقرهٔ- بنفسـها- علی وجوب العـدول، لكنّه لاـ ينفع بعـد وجوب حمل الأمر بالعـدول عن المغرب إلی العصـر علی الاسـتحباب، إذ يتعيّن حينئـذ- من جهـهٔ عدم القول بالفصل- حمل الأمر بالعدول من الفجر إلی العشاء أيضا علی الاسـتحباب. اللّهم إلّا أن يقال: إنّ الاستحباب «۱» بعيد عن السياق من جهـهٔ أنّ الأمر فی الصـحيحهٔ بالعدول من العصر إلی الظهر، و من العشاء إلی المغرب للوجوب قطعا، فرفع اليد عن الظهور المتقدّم فی وقت المغرب أولی. الرابعهٔ: قوله عليه السـلام: «و إن كانت المغرب و العشاء فاتتاك.. إلی قوله: فابـدأ بالمغرب». و حاله كحال الأمر بالعـدول عن الغـداهٔ إلی العشاء فی حمله علی الاسـتحباب بقرينـهٔ ما سـبق، لعـدم القول بالفصل بين تذكّر فوات العصـر فی آخر وقت فضـيلهٔ المغرب و بين تذكّر العشاء فقط، أو مع المغرب فی وقت صـلاهٔ الفجر. و حاصل الجواب عن هـذه الصـحيحهٔ: أن الاسـتدلال بها مبتيّهٔ علی القول بكون آخر وقت إجزاء المغرب: زوال الحمرهٔ، فإذا لم نقل بهذا سـقط الاسـتدلال بجميع الفقرات الأربع، فتأمّل. هـذا مع أن قوله عليه السـلام فی آخر الروايهٔ «۲» تعليلا لتأخير القضاء إلی ذهاب الشـعاع ب «أنّـك لست تخـاف فوتهـا» ظـاهر فی عـدم فوريـهٔ القضـاء، فلو تمّت دلالـهٔ الفقرات علی الترتيب، فلا يسـتلزم الفوريـهٔ، لمنع الإجماع المركّب. بل الظاهر أنّ جمع الإمام عليه السـلام فی الحكم بالترتيب بين الحاضـرتين و بين حاضـرهٔ و فائتهٔ أمارهٔ علی أنّ مناط الترتيب

فى الكلّ أمر واحد، فليس لفورية القضاء- لو قلنا بها- دخل فى الترتيب، كما يزعمه أهل المضايقة. ثمّ لو سلّم الإجماع المركّب كان التعليل المذكور قرينة أخرى على استحباب الترتيب، فافهم. هذا مع أنّ الخبر مشتمل على بعض الأحكام المخالفة للإجماع، مثل العدول عن اللاحقة إلى السابقة بعد الفراغ عنها، و مثل النهى عن القضاء الّا بعد ذهاب شعاع الشمس. و بما ذكرنا فى الجواب عن هذه الصحيحة- من ابتناء الاستدلال على ضيق وقت المغرب- يجاب عن رواية صفوان بن يحيى «۳»، و بنظيره يجاب عن رواية أبى بصير «۴»، فإنّ الظاهر من قوله: «نسى الظهر حتّى دخل وقت العصر» ابتناء الجواب على تعدّد أوقات الظهرين و العشاءين و حينئذ فقوله: «يبدأ بالّتى نسيت إلّا أن يخاف أن يخرج وقت الصلاة» خروج الوقت المختصّ بها، فلو نسى العصر عند خوف وقت المغرب المغاير لوقت العشاء وجب البدأة بالمغرب ثمّ بالعصر، و هذا ممّا لا نقول به، و حمل وقت العصر على المقدار الّذى يسع الفعل عن آخر الوقت مخالف للظاهر قطعا. و أمّا رواية معمّر بن يحيى «۵» فالأمر يدور بين تقييدها بصورة الا ستدبار و حملها على الاستحباب أو حمل الوقت على ما تقدّم فى رواية أبى بصير. فلم يبق إلّا رواية زرارة «۶» الضعيفة بالقاسم بن عروة و رواية البصرى «۷» الضعيفة بمعلّى بن محمّد، و رواية الدعائم «۸» المجهولة السند، و النبوى المرسل «۹». و الجواب عنها- بعد الإغماض عن سندها و عن سوابقها بعد تسليم ظهور دلالتها- : أنّها معارضة بما تقدّم من الأخبار الظاهرة فى عدم اعتبار الترتيب، بل فى الأمر بتقديم الحاضرة، و هى أكثر عددا و أصحّ سندا و أظهر دلالة، لإمكان حمل هذه على الاستحباب، و ليس فى تلك الأخبار مثل هذا الحمل فى القرب. ثمّ لو سلّمنا التكافؤ، فالمرجع إلى الإطلاقات و الأصول الدالّة على عدم اعتبار الترتيب و عدم وجوب المبادرة.

و ربّما رجّح القول بعدم الترتيب بمخالفته لأكثر الجمهور- على ما عن التذكرة- «۱۰» و حكى أنّه مذهب الأربعة عدا الشافعى، بل له أيضا- بناء على أنّ المحكىّ عنه- أولوية الترتيب «۱۱»

إن لم نقل بوجوبه. فالأخبار الدالّة على رجحان تقديم الحاضرة مخالف لفتوى الأربعة.

الخامس من الأدلّة: الإجماعات المنقولة

من أساطين القدماء، كالشيخ المفيد قدّس سرّه حيث حكى عنه أنه قال فى رسالة نفى السهو: إن الخبر المروى- فى نومه صلّى اللّه عليه و آله و سلم عن صلاة الصبح- «۱۲» متضمّن خلاف ما عليه عصابة الحق، لأنّهم لا يختلفون فى أنّ من فاتته صلاة فريضة، فعليه أن يقضيها فى أىّ ساعة ذكرها من ليل أو نهار، ما لم يكن ما لم يكن الوقت مضيّقا لفريضة حاضرة، و إذا كان يحرم فريضة قد دخل وقتها ليقضى فرضا فإنّه كان حظر النوافل عليه أولى، مع الرواية عن النبىّ صلّى اللّه عليه و آله و سلم أنّه «لا صلاة لمن عليه صلاة» مريدا به: لا نافلة له لمن عليه فريضة «۱۳» (انتهى). و كالشريف أبى الحسين الحسن «۱۴»

بن محمّد بن ناصر الرسّى فى المسألة التاسعة عشرة من الرسيّات الّتى سئل عنها السيّد المرتضى قال «۱۵» إذا كان إجماعنا مستقرا على وجوب تقديم الفائت من فرائض الصلاة على الحاضرة منها إلى آخر ما ذكره و قد أقرّه السيّد على هذه الدعوى، و الشيخ فى الخلاف «۱۶» و السيّد فى الغنية «۱۷» و الحلّى فى السرائر فى بحث المواقيت «۱۸». و حكى عنه «۱۹» الشهيد فى غاية المراد أنّه قال فى رسالته المعمولة فى هذه المسألة المسماة ب (خلاصة الاستدلال): إنّ ذلك مما أطبقت الإمامية عليه خلفا بعد سلف و عصرا بعد عصر و أجمعت عليه، و لا يعتدّ بخلاف نفر يسير من الخراسانيين، فإنّ ابنى بابويه و الأشعريين كسعد بن سعد و سعد بن عبد اللّه صاحب كتاب الرحمة، و محمّد بن على بن محبوب صاحب كتاب نوادر الحكمة، و القمّيين أجمع عاملون بالأخبار المتضمّنة للمضايقة، لأنّهم ذكروا أنّه لا يحلّ ردّ الخبر الموثوق برواته و حفظهم «۲۰» الصدوق ذكر ذلك فى كتاب من لا يحضره الفقيه، و خرّيت هذه الصناعة و رئيس الأعاجم أبو جعفر الطوسى مودع أحاديث المضايقة فى كتبه مفت بها، و المخالف إذا عرف باسمه و نسبه لا يضرّ خلافه «۲۱» (انتهى). و هذه الإجماعات المحكية- مع كون كل منها- بمنزلة خبر صحيح عالى السند- معتضدة بالشهرة المطلقة كما عن كشف الالتباس «۲۲» خصوصا بين القدماء كما عن الروض «۲۳» و غيره «۲۴» و عن التذكرة «۲۵» و الدروس «۲۶» و غيرهما «۲۷»

نسبته إلى الأكثر، و عن كشف الرموز «۲۸» و غيره «۲۹» نسبته إلى الثلاثة و أتباعهم. و الجواب: أن حكاية الإجماع- مع وجود القول بالخلاف ممّن عرفت من القدماء و المتأخّرين- لا تنهض حجّة إلّا على مدّعيها، لوهن احتمال صدقه حينئذ و قوّة احتمال استناد قطعه إلى ما لا ينبغى أن يوجب القطع، أو احتمال إرادته من الإجماع على الحكم: الإجماع على المبنى الذى يستنبط منه هذا الحكم بزعم المدّعى، كأن يكون دعوى السيّدين الإجماع على المضايقة باعتبار كون دلالة الأمر على الفور عندهم إجماعيا، أو باعتبار الإجماع على العمل بأخبار وجوب قضاء المنسىّ

المكاسب، ج۴، ص ۳۶۵

إذا ذكرها، الدالّة بزعمهم على أنّ وقت الذكر متعيّن لوقت القضاء، فلا يجوز التأخير عنه، و لا يجوز فعل الحاضرة فيه، و قد أطلعنا على موارد من هذا القبيل إمّا بتنصيص مدّعى الإجماع، و إمّا بانفهام ذلك من مطاوى كلامه. و من الموارد التى علم استناد المدّعى إلى ما لا ينبغى أن يوجب «۱» القطع: ما تقدّم «۲» من كلام الحلىّ- فى هذا المقام- من دعواه إجماع القمّيّين و الأشعريّين على الحكم لأجل مقدّمتين: إحداهما: ذكر الثقات روايات المضايقة.

و الثانية: بناؤهم على وجوب العمل بما يروونه من أخبار الثقات. و يكفى فى رده- بعد النقض بأنّ الثقات رووا أخبار المواسعة أيضا، بل ظاهر المحكىّ عن غاية المراد «۳» أنّ هؤلاء المجمعين رووا أخبار المواسعة أيضا الحلّ بما عن المفيد: فى جوابه عمّن سأله عن عمل من سدّ عليه طرق العلم بالأخبار المسندة «۴»

فى كتب الصدوق- من «۵» أنّه إنما روى ما سمع و نقل ما حفظ و لم يضمن العهدة فى ذلك، و أصحاب الحديث ينقلون الغثّ و السمين، و ليسوا بأصحاب نظر و تفتيش «۶» (انتهى).

السادس: ما عن المحقّق فى المعتبر

فى مقام الاستدلال لهذا القول: من أنّ الفوائت تترتّب، فتترتّب على الحاضرة «۷». و حكى فى توجيهه وجهان:

أحدهما: أنّ الفوائت تترتّب فى القضاء، لترتّب أزمنتها، و حيث تقدّم أزمنتها على أزمنة الحاضرة فيتقدّم «۸» عليها أيضا. ثانيهما: أنّ الحاضرة لو كانت فائتة وجب تأخيرها عمّا فاتت قبلها، فكذا إذا كانت حاضرة. و قد يرد الوجهان بأنّه قد يكون لمساواتها فى الفوات و عدم مزيّة بعضها على بعض من جهة الوقت مدخليّة فى وجوب الترتيب، و لذلك يجب الحاضرة عند ضيقها، ثمّ يجب تأخيرها بعد فوتها المتأخّر عن ضيقها، فلا يكون ترتّب الأزمنة فى اليومية سببا مستقلّا فى وجوب رعاية الترتيب مطلقا، و مجرّد احتمال ذلك لا يكفى فى الاستدلال. أقول: لا- ريب فى ضعف الوجهين لما ذكر و لغيره. نعم يمكن توجيهه بأنّ المراد: أنّ الترتيب بين الفوائت يكشف عن أنّ ذلك لأجل تقدّم كلّ فريضة على لاحقتها «۹» قبل تحقّق فوت تلك اللاحقة، فحيث كانت اللاحقة حال حضور وقتها متأخّرة عن الفائتة انسحب هذا الاشتراط بعد فواتها، فمنشأ الترتيب بين الفوائت الترتيب بين الفائتة و الحاضرة. و لا ينافى ذلك تقديم الحاضرة عند ضيق وقتها، لأنّه تقديم عارضى لما هو مؤخّر بالذات. و يمكن الاستدلال لما ذكر بإطلاق أدلّة وجوب قضاء ما فات «۱۰»، فإنّها تدلّ بإطلاقها على الاكتفاء بفعل الفائت، فلو اعتبر فى الفائتة اللاحقة تأخّرها عن السابقة كان ذلك تقييدا لتلك الإطلاقات، بخلاف ما لو كان اعتبار تأخّرها لأجل اعتبار تأخّرها «۱۱» حين كونها حاضرة، فإنّه لا- يلزم من ذلك تقييد فى تلك الإطلاقات، لأنّ فعل ما فات بجميع شروطه و أجزائه المعتبرة قبل الفوات لا يتحقّق إلّا بتأخيرها عن السابقة. هذا و لكن يندفع بأنّ التقييد لازم، إمّا فى إطلاق الحاضرة فلا يحتاج إلى تقييد إطلاق أدلة القضاء، إذ لم يعتبر فيها حينئذ أمر زائد على ما اعتبر فيها حال الأداء، و إمّا تقييد أدلّة القضاء باشتراط تأخّر لاحقها عن سابقها من غير اعتبار هذا الشرط فى القضاء. و حيث لم يثبت التقييد فى أحدهما بالخصوص، و علم من الخارج وجوب الترتيب بين الفوائت بأنفسها اقتصر عليه، و يرجع فى حكم الحاضرة إلى الأصول. نعم لو ثبت وجوب تقديم الفائتة على الحاضرة أمكن الاستدلال فى مسألة الترتيب بين الفوائت بأنفسها، بناء على ما ذكر من دلالة أدلّة

وجوب قضاء ما فات على اعتبار جميع ما اعتبر فى الأداء فى القضاء. هذا خلاصة الكلام فى أدلّة القولين المشهورين: المواسعة المطلقة، و المضايقة المطلقة. و قد عرفت أنّ القول بالمواسعة و عدم وجوب الترتيب لا يخلو عن قوّة، خصوصا فيما زاد على الفائتة الواحدة، إذ لم يكن فيما تقدّم من أخبار المضايقة ما يتضمّن لزوم ترتيب الحاضرة على الفائتة المتعدّدة، إلّا ذيل صحيحة زرارة الطويلة الآمرة بتقديم المغرب و العشاء الفائتين على الفجر.

بقى هنا أمور:

الأوّل:

أنّه على القول بعدم وجوب الترتيب، هل يستحبّ تقديم الفائتة أو تقديم الحاضرة؟ وجهان، بل قولان، و الأقوى: التفصيل بين صورة ضيق «۱۲» وقت الفضيلة للحاضرة الّذى قيل بكونه هو الوقت للمختار، فالمستحبّ حينئذ تقديم الحاضرة، و بين غيرها، فيستحب تقديم الفائتة. أمّا استحباب تقديم الحاضرة فى صورة ضيق وقت فضيلتها، فلعموم أدلّة تأكّد «۱۳» عدم تأخير الحاضرة عن ذلك الوقت إلّا من عذر أو علّة، حتّى قيل «۱۴» بتعيّنه للمختار من جهة ظاهر الروايات الدالّة على ذلك «۱۵» و خصوص الصحيحة الطويلة المتقدّمة فى مسألة تقديم المغرب الحاضرة على العصر الفائتة «۱۶» بعد حمل الوقت فيها على وقت الفضيلة، و كذا رواية صفوان- المتقدّمة- فيمن نسى الظهر إلى أن غربت الشمس و أنّه يقدّم الظهر إن لم يخف فوت المغرب «۱۷» و كذا رواية أبى بصير المتقدّمة فيمن نسى الظهر حتى دخل وقت العصر «۱۸»، فراجع و لاحظ.

و لأجل هذه الأخبار الخاصة يحمل ما دلّ «۱۹» بإطلاقه على الأمر بتقديم الفائتة فى السعة، المحمول على الاستحباب- بناء على القول بالمواسعة- على إرادة سعة وقت الفضيلة، دون مطلق الوقت، فلا يوجد فى المقام خبر يدلّ على الأمر بتقديم الفائتة مع ضيق وقت الفضيلة. و دعوى موافقته للاحتياط، للخروج به عن خلاف من أوجب التقديم. معارضة بموافقة تقديم الحاضرة فى هذه للاحتياط، للخروج به عن خلاف من جعل وقت الفضيلة وقتا اختياريا. مع أنّ أهل المضايقة «۲۰» قائلون بهذا القول كالشيخين «۲۱» و العمانى «۲۲» و الحلبى «۲۳» فهم قائلون بوجوب تقديم الحاضرة فى هذه الصورة. مضافا إلى ما عرفت فى نقل الأقوال من ظهور عبارة بعض القدماء بوجوب تقديم الحاضرة «۲۴». و أمّا استحباب تقديم الفائتة مع سعة وقت الفضيلة أو بعد فواته، فلما تقدّم من الأخبار الّتى استدلّ بها أهل المضايقة «۲۵» من الأمر بتقديم الفائتة، أو العدول من الحاضرة إليها، المحمول على الاستحباب. و أمّا ما تقدّم فى بعض أخبار المواسعة من إطلاق تقديم الحاضرة «۲۶» فمحمول على صورة ضيق وقت الفضيلة و خوف فواته. ثمّ إنّه لا- ينافى ما ذكرنا- من

المكاسب، ج۴، ص ۳۶۶

استحباب تقديم الفائتة- الأخبار الدالّة على استحباب المبادرة أوّل الوقت، لأنّها بين دالّة على استحباب إتيان الفريضة فى الوقت الأوّل، و هذا يجامع تقديم الفائتة، و بين دالّة على استحباب المبادرة فى أوّل الوقت، الأوّل فالأوّل الّتى ينافى تقديم الفائتة، إلّا أنّه لا بأس بالحكم باستحباب الأمرين المتنافيين، فإنّ جلّ المستحبات كثيرا ما يتّفق تنافيها. ثمّ إنّ المحكيّ «۱» عن الصدوق من استحباب تقديم الحاضرة بقول مطلق «۲» ينافى أخبار «۳» العدول عنها إلى الفائتة، إذ الظاهر منها أنّ العدول راجح، و معناه رجحان تقديم الفائتة، إلّا أن يكون رجحانه مختصا بالتذكّر فى الأثناء أو يكون الأمر لمجرّد بيان الجواز. و كيف كان فلا بدّ من حمله على التعبّد لا لإدراك رجحان تقديم الفائتة، و هو بعيد. و هذا ممّا يضعف القول باستحباب تقديم الحاضرة مطلقا، فإنّ حمل الأمر بتقديم الفائتة على مجرّد بيان جواز الاشتغال بالقضاء فى وقت الفريضة دفعا لتوهّم عدم جوازه الناشئ عن بعض الأخبار المانعة للنافلة «۴»

أو مطلق الصلاة «۵» أو خصوص بعض الفرائض كالكسوفين فى وقت اليوميّة، «۶» إلّا أنّ حمل أخبار العدول على الجواز بعيد جدّا.

الثانی:

إذا قلنا بالفوریّة و الترتیب، فلا إشكال فی وجوب الاشتغال بالحاضرة عند ضیق وقتها، و كذا بما هو ضروریّ التعیّش. و الظاهر أنّه لو كان للإنسان ضروریات یمكن الاشتغال بها بعد الحاضرة و قبلها لم یجب تأخیر الصلاة عنها، لأنّ تأخیرها إلی وقت ضیقها لیس للتعبّد، و إنّما هو لئلّا یزاحم الفائتة، و المفروض سقوط التكلیف بها حینئذ، لأنّ الوقت بقدر الفعل الضروری و الحاضرة، و كذا لو سقط عنه الفائتة بعذر آخر كما إذا بقی من وقت الظهر مقدار عشر ركعات و علیه رباعیّة، فإنّه لو اشتغل بها فات عنه ركعتان من العصر. نعم لو أخذ بإطلاق قوله- علیه السلام: «لا صلاة لمن علیه صلاة» «۷» كان مقتضاه الاقتصار علی المتیقّن من وقت الاشتغال.

الثالث:

أنّه لا إشكال فی ترجیح الحاضرة علی الفائتة فی آخر وقتها المضروب لأدائها بالذات أو بالعرض، كطروّ حیض أو فقد طهور، و هل یرجّح علیها إذا ضاق وقت أصل الفعل بحیث إنّه یظنّ أنّه لا یتمكّن منها أصلا و لو قضاء كما إذا ظنّ دنوّ الوفاة أم لا؟ صرّح بعض محقّقی من عاصرناهم بالترجیح، و بأنّه ممّا لا كلام فیه، فجعله كضیق وقت الأداء. و فیه نظر، لأنّ الحاضرة إنّما رجّحت علی الفائتة عند ضیق وقتها، للنصّ «۸» المعتضد بما علم من أهمیته الحاضرة بالنسبة إلی المبادرة إلی الواجبات الأخر، و تعیّن ترک المبادرة إلیها. و أمّا ترجیح فعل الحاضرة علی أصل فعل الفائتة، بأنّ یدور الأمر بین ترک الحاضرة أداء و قضاء، أو ترک الفائتة رأسا، فلم یعلم له وجه عدا إطلاق النصّ «۹» الدالّ علی أنّ الحاضرة أحقّ بوقتها، لكنّه من صرف إلی صورة التمكّن بعد ذلک من القضاء. و أمّا إذا علم أنّ عمره لا یفی إلّا بفعل أحدهما، فدعوی دخوله فی الإطلاق قابلة للمنع. نعم لا یبعد أن یستفاد من الأدلّة أهمیّة فعل الفرائض فی وقتها من جمیع ما عداها من حقوق اللّه، مع أنّ الاحتیاط یقتضیه، لدوران الأمر بین التعیین و التخییر، إذ ینبغی القطع بعدم وجوب ترجیح الفائتة فی هذه الصورة.

الرابع:

صرّح بعض بأنّه لا- كلام فی أنّ تضیّق الفائتة- علی القول به- لیس كتضیّق الحاضرة فی وجوب الاقتصار علی أقلّ ما یحصل به الامتثال. و التحقیق: أنّ أدلّة فوریّة القضاء إن استفید منها وجوب الاشتغال بالقضاء عن غیره فی مقابل الاشتغال بغیره عنه، فهو كما ذكر، فیجوز له الإتیان فی الفائتة مطلقا بجمیع المستحبّات الصلاتیة كالقنوت و الأذان و الإقامة و غیرها ممّا یستحبّ فی أثناء الصلاة، أو فی أوّلها. و إن استفید منها وجوب الاشتغال به مع التمكّن- عقلا و شرعا- فیجوز حینئذ الإتیان بجمیع المستحبّات الصلاتیّة إذا لم یجب بعد هذه الصلاة فائتة اخری، و إلّا لم یجز، لتفویتها المبادرة إلی الاشتغال بالفائتة المتأخّرة. و إن استفید منها وجوب المبادرة إلی تحصیل المأمور به فی أوّل أوقات إمكانه لم یجز الاشتغال بشیء من المستحبّات، و وجب الاقتصار علی أقلّ الواجب فی الفائتة مطلقا. و حیث إنّ عمدة أدلّة المضایقة عند أهلها دلالة الأمر علی الفور، فهو یقتضی الوجه الثالث، لأنّ فعل المستحبّات و الآداب فی الفائتة السابقة یوجب التأخیر فی لاحقتها. مضافا إلی أنّ مقتضی فوریة أصل الواجب: وجوب تحصیله فی أوّل أوقات إمكان حصوله. إلّا أن یقال بعد ثبوت التخییر بین أفراد المأمور به «۱۰» المختلفة فی الطول و القصر، یكون المراد المسارعة إلی التلبّس بالفعل من غیر التفات إلی زمان الفراغ عنه، الّذی هو زمان حصول المأمور به فی الخارج، كما إذا وجبت الكفّارة المخیّرة بین الخصال فورا، فإنّ ذلک لا- یوجب وجوب اختیار العتق علی صوم شهرین إذا كان یحصل فی زمان أقلّ من الصوم. و فیه: أنّه مسلّم إذا كان المأمور به فی هی الأمور المخیّرة شرعا، أمّا إذا كان التخییر عقلیا، فمنشأ حكم العقل به ملاحظة كون كلّ من الأفراد مما یتحقّق به إتیان المأمور به علی الوجه الّذی أمر به، فإذا لم یتحقّق إتیانه علی النحو الذی أرید فی ضمن بعض الأفراد، فلا یحكم العقل بجواز اختیار ذلک

البعض، و لـذا لا يجوز إذا أمر المولى بإحضار شىء فورا الاشتغال بمقدّمات الفرد الّذى لا يحصل إلّا بعد زمان طويل، و كذا التلبّس بفرد لاـ يحصل تمام وجوده فى الخارج إلّا بعد زمان طويل. نعم لو قامت القرينة على أنّ الفورية راجعة إلى التلبّس بالمأمور به- لا إلى تحصيله فى الخارج- صحّ الاكتفاء بالمبادرة إلى التلبّس و إن لم يفرغ إلّا بعد زمان يمكن الفراغ عن فرد آخر بأقلّ منه، لكنّه خلاف ظاهر الصيغة المفيدة للفور. نعم لو ادّعى ظهور هذا المعنى من الأخبار «۱۱» الدالّة على وجوب الاشتغال بالفريضة الفائتة عند ذكرها، و أنّه إذا دخل وقت الحاضرة و لم يتمّها فليشتغل بها، بناء على تمامية دلالتها على الفور لم يكن بعيدا، خصوصا بعد ملاحظة تصريح الشارع بعدم سقوط الأذان و الإقامة «۱۲» و عدم التعرّض لوجوب الاقتصار على أقلّ الواجب ردعا للقاضى عن اعتقاد اتّحاد الأداء و القضاء حتى فى الآداب الخارجة و المستحبّات الداخلة، فافهم. و أولى من ذلك لو كان المستند فى الفورية

المكاسب، ج ۴، ص ۳۶۷

الإجماع المحقق أو المحكيّ المنصرف إلى فوريّة الاشتغال فإنّه يسهل حينئذ دعوى عدم إخلال المستحبّات بالفورية المنعقد عليها الإجماع، هذا كلّه بالنسبة إلى المستحبّات. و أمّا الأجزاء و الشروط الاختيارية فليست منافية للفوريّة حتى يجب تركها مراعاة للتعجيل، لأنّ الواجب هو تعجيل الفعل المستجمع للأجزاء و الشرائط، إذ الطلب إنّما يعرض الفعل بعد ملاحظة تقييده بها، فلا يجوز ترك السورة- مثلا- مراعاة للفوريّة كما تترك عند ضيق الوقت، و كذا تطهير الثوب و البدن، بل التطهير بالماء، فلا يجوز التيمّم كما يجوز عند ضيق الوقت، و هكذا. هذا مع التمكّن منها. و أمّا لو لم يتمكّن منها، فإن لم يرج التمكّن، فلا إشكال فى وجوب التعجيل.

أمّا مع ظنّ التمكّن فهل يراعى الفورية فيجب البدار أو يراعى تلك الأجزاء و الشروط فيجب الانتظار؟ وجهان، بل قولان: من أنّ الفورية لا صارف عنها، غاية الأمر عدم التمكّن فى هذا الزمان من تلك الأجزاء و الشروط، فيسقط، لإطلاق ما دلّ على سقوطها عند العجز عنها «۱»، بل لو قيل بعدم فورية القضاء كان مجرّد الأمر كافيا فى صحة الفعل حين تعذّر الشروط، إذ لا صارف عنه بعد اختصاص أدلّة اعتبار تلك الشروط بحال التمكّن، و لذا صرّح فى نهاية الإحكام «۲»، و كشف الالتباس «۳»، و الجعفرية «۴»، و شرحها «۵»، و إرشادها «۶»- مع قولهم بعدم فوريّة القضاء- بجواز المبادرة حال التعذر. نعم عن الثلاثة الأخيرة: استثناء ما لو فقد الطهارة، فأوجبوا التأخير حينئذ، بل عن الأوّلين و الأخير عدم استحباب التأخير لما فى المبادرة من المسارعة إلى فعل الطاعة «۷». و من أنّ الواجب هو الفعل المستجمع للأجزاء و الشروط، و العجز المسقط لاعتبار الأجزاء و الشروط الاختيارية هو العجز عن امتثال الأمر الكلّى و عدم التمكّن رأسا من إتيانه بتلك الشروط، و هذا هو الذى يحكم العقل بخروجه عن الخطاب بإتيان الفعل المستجمع، فيحكم بكفاية الفعل الفاقد للشرط المتعذّر فى حق هذا الفرد العاجز. و أمّا من يتمكّن من الإتيان بالفعل المستجمع فى الزمان المستقبل، فهو داخل تحت القادرين، لا دليل على كفاية الفعل الفاقد لبعض الشرائط فى حقّه، فيكون هذا الشخص- العاجز عن الشرط فى الحال القادر عليه فى الاستقبال- عاجزا عن المأمور به فى الحال قادرا عليه فى الاستقبال فيجب عليه ترقيب زمان القدرة على المأمور به. و دعوى أنّه يستكشف من إطلاق، الأمر الشامل لهذا الشخص كونه مكلّفا بالفعل فى هذا الزمان، فيكشف عن سقوط الشرط بالنسبة إليه. مدفوعة بأنّ الأمر إذا تعلّق بالفعل المستجمع للشرائط، فإطلاقه نافع عند تمكّن المكلّف عن المأمور به، فإذا فرض عجزه فى زمان خرج عن الإطلاق. نعم لو فرض دليل دالّ- و لو بالإطلاق- على أنّ مجرّد العجز عن الشرط- فى جزء من أجزاء وقت الواجب- مسقط لاعتباره فى ذلك الجزء، تعيّن بقاء التكليف بالفعل فى ذلك الجزء من الزمان، فيأتى به بحسب الإمكان، لكن هذا لا ضابط له فقد يوجد فى بعض الشروط و لا يوجد فى الآخر، و الكلام فى أنّ مجرّد العجز فى جزء من الزمان يوجب سقوط اعتباره ليبقى إطلاق الأمر الشامل لذلك الجزء سليما عن التقييد بذلك الشرط.

الخامس:

أنّه لو كان عليه فوائت و لم يتّسع الوقت إلّا لمقدار الحاضرة و بعض تلك الفوائت، فقد عرفت أنّه يجب تقديم ذلك البعض على

الحاضرة عند أهل المضايقة، بناء على أنّ اشتراط الترتيب ينحلّ إلى شروط متعدّدة عند تعدّد الفوائت، فالممكن منها لا يسقط بالتعذّر، لا أنّ الشرط تقديم المجموع من حيث المجموع حتى يسقط اعتباره عند تعذّر الجميع مع احتمال هذا أيضا و قد تقدّم ذلك فى الجواب عن دليل العسر و الحرج «۸» و حينئذ فهل يجب تقديم ما أمكن تقديمه و إن أفضى إلى اختلال الترتيب بين الفوائت، مثلا إذا كان عليه ظهر و صبح و ذكرهما فى وقت لا يسع إلّا للحاضرة و صلاة الصبح، فهل يجب تقديم صلاة الصبح على الظهر و إن لزم اختلال الترتيب بينهما و بين الظهر الفائتة، أو يجب تقديم الحاضرة، ليوقع الفوائت على ترتيبها، فيدور الأمر بين إهمال الترتيب بين الحاضرة و بين الفوائت، و بين إهمال الترتيب بين نفس الفوائت. مقتضى القاعدة: الأوّل، لأنّ الترتيب إنّما يعتبر بين الحاضرة و بين الفائتة المستجمعة لجميع شرائطها الّتى منها ترتّبها على سابقتها، فالمقدّم على الحاضرة هى صلاة الصبح المتأخّرة شرعا عن سابقتها، فافهم. السادس: لو كانت الفائتة مردّدة بين اثنين أو أزيد بحيث يجب تكرارها من باب المقدّمة، و لم يتّسع الوقت إلّا للحاضرة و فعل بعضها، فهل يجب تقديم ما أمكن من المحتملات أم لا؟ وجهان، لا يخفى الترجيح بينهما على الخبير بالقواعد.

هذا آخر ما تيسّر تحريره على وجه الاستعجال مع تشويش البال. و الحمد للّه أوّلا و آخرا على كلّ حال، و السلام على محمّد و آله خير آل.

المكاسب، ج۴، ص ۳۶۸

۵- رسالة فى قاعدة من ملك

اشارة

بسم اللّه الرحمن الرحيم الحمد للّه ربّ العالمين و الصلاة و السلام على محمّد و آله الطاهرين و لعنة اللّه على أعدائهم أجمعين إلى يوم الدين. و بعد، قد اشتهر فى ألسنة الفقهاء من زمان الشيخ قدس سره إلى زماننا، قضيّة كلّية يذكرونها فى مقام الاستدلال بها على ما يتفرّع عليها، كأنّها بنفسها دليل معتبر أو مضمون دليل معتبر، و هى: «إنّ من ملك شيئا ملك الإقرار به». فأحببت أن أتكلّم فى مؤدّاها، و مقدار عمومها، و فيما يمكن أن يكون وجها لثبوتها. و المقصود الأصلى الانتفاع بها فى غير مقام إقرار البالغ الكامل على نفسه، إذ يكفى فى ذلك المقام ما أجمع عليه نصّا و فتوى من نفوذ إقرار العقلاء على أنفسهم «۱»، لكن لا ينفع ذلك فى إقرار الصبيّ فيما له أن يفعله، و إقرار الوكيل و الوليّ على الأصيل. فلا وجه لما تخيّله بعض من استناد هذه القاعدة إلى قاعدة إقرار العقلاء.

[كلمات الفقهاء فى القاعدة]

و ينبغى أوّلا ذكر كلمات من ذكرها بعينها أو بما يرادفها، ثمّ نتبعه بذكر مرادهم منها بمقتضى ظاهرها، أو بمعونة قرينة استدلالهم بها فى الموارد الخاصة، فنقول- مستعينا باللّه- : قال شيخ الطائفة قدس سره فى مسألة إقرار العبد المأذون فى التجارة «۲»: و إن كان- يعنى المال المقرّ به- يتعلق بالتجارة، مثل ثمن المبيع و أرش المعيب و ما أشبه ذلك، فإنّه يقبل إقراره، لأنّه من ملك شيئا ملك الإقرار به، إلّا أنّه ينظر فيه، فإن كان الإقرار بقدر ما فى يده من مال التجارة قبل، و قضى «۳» منه، و إن كان أكثر كان الفاضل فى ذمّته يتبع به إذا أعتق «۴» (انتهى). و حكى هذا عنه الحلّى فى السرائر ساكتا عليه «۵» مع أنّ دأب الحلّى عدم المسامحة فيما لا يرتضيه. و عن القاضى فى المهذّب: أنّه إذا أقرّ المريض المكاتب لعبده فى حال الصحة بأنّه قبض مال الكتابة، صحّ إقراره و عتق العبد، لأنّ المريض يملك القبض فيملك الإقرار به، مثل الصحيح «۶». و قال المحقّق فى الشرائع: لو كان- يعنى العبد- مأذونا فى التجارة فأقرّ بما يتعلّق بها صحّ «۷»، لأنّه يملك التّصرف فيملك الإقرار و يؤخذ ما أقرّ [به] «۸»، ممّا فى يده «۹» (انتهى). و قد استدلّ على تقديم قول الوكيل فى التصرّف: بأنّه أقرّ بما له أن يفعله «۱۰». و نحوه العلّامة فى القواعد فى تلك المسألة «۱۱»، و صرّح بهذه القضية فى

باب الإقرار «۱۲» أيضا، و صرّح في جهاد التذكرة: بسماع دعوى المسلم أنّه أمّن الحربي في زمان يملك أمانه، و هو ما قبل الأسر، مدّعيا عليه الإجماع «۱۳». و نحوه المحقّق في الشرائع «۱۴» تبعا للمبسوط «۱۵» من دون دعوى الإجماع. و ذكر فخر الدين في الإيضاح- في مسألة اختلاف الولي «۱۶» و المولّى عليه- أنّ الأقوى أنّ كلّ من يلزم فعله أو «۱۷» إنشاؤه غيره، كان إقراره بذلك ماضيا عليه «۱۸». و هذه الكليّة و إن كانت أخصّ من القضية المشهورة إلّا أنّ الغرض من ذكرها الاستشهاد بتصريحهم على إرادة نفوذ إقرار المالك للتصرّف على غيره، و إلّا فقد صرّح بتلك القضية في غير هذا المقام. و ذكر الشهيد في قواعده: أنّ «۱۹» كلّ من قدر على إنشاء شيء قدر على الإقرار به إلّا في مسائل أشكلت: منها: أنّ وليّ المرأة الاختياري لا يقبل قوله، و كذا قيل في الوكيل إذا أقرّ بالبيع أو قبض الثمن أو الشراء أو الطلاق أو الثمن أو الأجل، و إذا أقرّ بالرجعة في العدة لا يقبل منه، مع أنّه قادر على إنشائها، و قيل يقبل «۲۰» (انتهى). و في تقييد الوليّ بالاختياري احتراز عن الوليّ الإجباري، فإنّه لا- إشكال في قبول إقراره عليها، و لا خلاف بين العامة و الخاصة، على ما يظهر من التذكرة «۲۱»، و يلوح من الشيخ في المسألة دعوى الوكيل فعل ما وكّل فيه «۲۲». نعم تأمّل فيه جامع المقاصد «۲۳» على ما سيأتي. قال في التذكرة: لو أقرّ الوليّ بالنكاح فإن كانت بالغة رشيدة لم يعتدّ بإقراره عندنا، لانتفاء الولاية. و أما عند العامّة فينظر إن كان له إنشاء النكاح المقرّ به عند الإقرار من غير رضاها قبل إقراره، لقدرته على الإنشاء. و للشافعية وجه آخر: أنّه لا يقبل حتى تساعده «۲۴» المرأة كالوكيل إذا ادّعى أنّه أتى بما هو وكيل فيه، و لو لم يكن له إنشاء النكاح المقرّ به عند الإقرار من غير رضاها لم يقبل «۲۵» (انتهى). و يظهر منه الجزم بالتفصيل بين الوليّ الاختياري و غيره في مسألة ادّعاء «۲۶» كلّ من العاقدين على الوليّ سبق عقده على المرأة، فيبطل اللاحق «۲۷». هذا ما حضرني من موارد تعبير الفقهاء بهذه العبارة أو ما يرادفها أو ما هو أخص منها، و لا أظنّك ترتاب بعد ذلك في فساد ما يتخيّل من مساواة هذه القاعدة لحديث الإقرار، حتى يستدلّ عليها به.

[مفردات القاعدة و موارد جريانها]

فلنرجع إلى تفسير العبارة فنقول: إنّ المراد بملك الشيء، السلطنة عليه فعلا، فلا يشمل ملك الصغير لأمواله، لعدم السلطنة الفعلية «۲۸»، نعم يملك بعض التصرفات المالية، مثل الوصيّة و الوقف و الصدقة و هي داخلة في عموم القضية، و لهذا أطبقوا على الاستناد إليها في صحة إقرار الصغير بالأمور المذكورة. و الدليل على إرادة السلطنة الفعلية مضافا إلى اقتضاء اللغة- كما لا يخفى- هو عموم لفظ الشيء للأعيان و الأفعال، مثل التصرّفات، فلا يمكن حمل الملك على ملك الأعيان ليشمل ملك الصغير لأمواله، بل الظاهر أنّ لفظ الشيء يراد به خصوص الأفعال، أعني التصرّفات- على ما يقتضيه ظاهر «الإقرار به» لأنّ المقرّ به حقيقة لا يجوز أن يكون من الأعيان، و قولهم: الإقرار إخبار بحقّ لازم، معناه: الإخبار بثبوته، لا الإخبار بنفسه، إذ المخبر به لا يكون عينا. ثمّ التسلّط على التصرّف أعمّ من أن يكون أصالة أو وكالة أو ولاية. و المراد من «ملك الإقرار بذلك»: التسلّط عليه. و المراد من «الإقرار به»: إمّا معناه اللغويّ، و هو إثبات الشيء و جعله قارّا، سواء أثبته على نفسه أو على غيره. و إمّا معناه الظاهر عند الفقهاء، و هو الإخبار بحقّ لازم على المخبر، فيختصّ بما أثبته على نفسه. و يخرج منه دعوى الوكيل «۲۹» أو الوليّ حقّا على موكّله و المولّى عليه، أو شهادته لغيره عليهما، و على هذا المعنى فيساوي حديث الإقرار. و هذا المعنى و إن كان أوفق بظاهر الإقرار في كلمات المتكلّمين بالقضية المذكورة، إلّا أنّه خلاف صريح استنادهم إليها في موارد دعوى الوكيل و الوليّ و العبد المأذون على غيرهم كما سمعت مفصّلا، فلا بدّ من إرادة المعنى اللّغوي. مع أنّ الظهور المذكورة قابل للمنع، كما يشهد به استعمالهم الإقرار في الإقرار على الغير. ثمّ الظاهر من القضية: وقوع الإقرار بالشيء المملوك حين كونه مملوكا، و أنّ ملك الإقرار بالشيء تابع لملك ذلك الشيء حدوثا و بقاء على ما يقتضيه الجملة الشرطية الدالّة- عند التجرّد عن القرينة- على كون العلّة في الجزاء هو نفس الشرط لا حدوثه و إن زال. و ما ذكرنا صريح جماعة،

المكاسب، ج ۴، ص ۳۶۹

منهم: المحقّق، حيث اختار في الشرائع عدم قبول إقرار المريض بالطلاق في حال الصحّة بالنسبة إلى الزوجة ليمنعها من الإرث «۱». و

نصّ فی التحریر علی عدم سماع إقرار العبد المأذون فی التجارة بعد الحجر علیه بدین یسنده إلی حال الإذن «۲». و قال- أیضا- : و کلّ من لا یتمکّن من إنشاء شیء لا ینفذ إقراره فیه، فلو أقرّ المریض بأنّه وهب و أقبض حال الصحّة لم ینفذ من الأصل «۳» (انتهی). و قد تقدّم منه فی التذکرة التصریح بذلک فی مسألة إقرار الولیّ بالنکاح فی زمان لیس له إنشاؤه «۴». و قد نصّ الشهید رحمة اللّه علیه علی ذلک أیضا فی المسالک «۵» کما عن نهایة المرام، تقیید قبول إقرار العبد المأذون بما إذا کان حال الإذن «۶»، و هو ظاهر الشیخ و من عبّر بعبارته فی العبد المأذون من أنّه یقبل إقراره و یؤخذ الدین ممّا فی یده «۷» فإنّ ظاهره عدم زوال الإذن بل هو صریحه فی مسألة الجهاد المتقدمة. و علی هذا، فالحکم فی مثل إقرار المریض بالهبة أو الطلاق البائن حال الصحّة «۸» هو نفوذ إقراره بالنسبة إلی أصل الهبة و الطلاق، لأنّه المملوک له حال المرض، لا خصوص الهبة و الطلاق المقیّدین بحال الصحّة المؤثّرین فی نفوذ الهبة من الأصل، و عدم إرث الزوجة منه. نعم، صرّح فی المبسوط بعدم إرث الزوجة فی مسألة الطلاق «۹». و ظاهره تعمیم قبول إقرار المالک لما بعد زوال الملک. و یمکن حمله علی أنّ إقراره إذا قبل فی أصل الطلاق قبل فی قیوده، لأنّ الطلاق فی حال المرض لم یقع باعترافه، فلا معنی للقبول «۱۰» إلّا الحکم بوقوعه فی زمان یحتمله. و یردّه: أنّ معنی ما ذکرنا، نفوذ الإقرار بالطلاق المقیّد بالصحة بالنسبة إلی بعض أحکامه و هی البینونة، دون بعض آخر مثل الإرث، لا الحکم بوقوع الطلاق فی حال المرض. فالظاهر أنّ مستند الشیخ قدس سره عموم نفوذ إقرار المقرّ علی ما «۱۱» ملکه و لو فی الزمان الماضی، لا عدم جواز التفکیک فی الإقرار بین القید و المقیّد. و ممن یظهر منه عموم القاعدة لما بعد زوال ملک التصرّف فخر الدین فی الإیضاح- فی مسألة اختلاف الولیّ و المولّی علیه بعد الکمال- حیث رجّح قول الولیّ و قال: إنّ الأقوی أنّ کلّ من یلزم فعله غیره یمضی «۱۲» إقراره بذلک [الفعل] علیه «۱۳». و ما أبعد ما بین هذا، و ما سیأتی منه من عدم نفوذ إقرار الزوج بالرجعة فی العدة، و أنّ اعتباره من حیث کونه إنشاء لها لا إخبارا عنها «۱۴». ثمّ معنی «ملک الشیء» یحتمل أن یکون هی السلطنة المطلقة بأن یکون مستقلّا فیه، لا یزاحمه فیه أحد، فیختصّ بالمالک الأصیل و الولیّ الإجباری. و یحتمل أن یراد به مجرّد القدرة علی التصرّف، فیشمل الوکیل و العبد المأذون، و هذا هو الظاهر من موارد ذکر هذه القضیة فی کلماتهم. و المراد ب «ملک الإقرار به» إذا کان أصیلا واضح، و إن کان غیر أصیل- کالولیّ و الوکیل- فیحتمل أمورا: الأوّل: السلطنة علی الإقرار به، بمعنی أنّ إقراره ماض مطلقا، و یکون کإقرار ذلک الغیر الذی یتصرّف المقرّ عنه أو له، حتی أنّه لا یسمع منه بیّنة علی خلافه فضلا عن حلفه علی عدمه، و هذا المعنی و إن کان بحسب الظاهر أنسب بلفظ الإقرار إلّا أنّه یکاد یقطع بعدم إرادته. الثانی: إنّ إقراره به نافذ بالنّسبة إلی الأصیل، کنفوذ إقراره، و إن لم یترتّب علیه جمیع آثار إقراره، فالتعبیر بالإقرار من حیث إنّه لمّا کان فی التّصرف نائبا عنه و کان کالتصرّف الصادر عن نفسه، فالإخبار به کأنّه- أیضا «۱۵»- صادر عن نفسه، ففعله کفعله و لسانه کلسانه، و لا فرق- حینئذ- بین أن یقع هناک دعوی و بین أن لا یکون، و لا بین أن یکون الدعوی مع ذلک الأصیل أو مع ثالث. و حینئذ فلو أخبر الوکیل بقبض الدین من الغریم، فإخباره یکون بمنزلة البیّنة للغریم علی الأصیل لو ادّعی علیه بقاء الدّین. و کذا أخبار الولیّ بالتّزویج إذا أنکرت المرأة علی الزوج التزویج. و کذا لو ادّعی البائع علی الأصیل شراء وکیله المتاع بأزید مما یقرّ به الأصیل، فشهد له الوکیل. الثالث: أن یراد قبول قوله بالنّسبة إلی الأصیل لو أنکره، فیختصّ بالتداعی الواقع بینهما، فلا تعرّض فیه لقبول قوله بالنسبة إلی الأصیل لو کانت الدعوی ترجع علی ثالث، حتّی یکون کالشاهد للثالث علی الأصیل. و بهذا یجمع بین حکم المحقّق و العلّامة بتقدیم قول الوکیل فیما إذا ادّعی علی الموکّل إتیان ما وکّل فیه، معلّلین بأنّه أقرّ بما له أن یفعله «۱۶»، و تقدیم قول الموکّل فیما إذا ادّعی الوکیل شراء العبد بمائة و ادّعی الموکّل شراءه بثمانین، معلّلین بأنّ الموکّل غارم.. «۱۷» (انتهی). و معنی ذلک أنّ الوکیل لا یرید أن یدفع عن نفسه شیئا و إنّما یرید أن یثبت لغیره حقّا علی موکّله، فهو بمنزلة الشاهد علی الموکّل. و بعبارة اخری: إنّما یعتبر إقراره بما له أن یفعله فیما یتعلّق بنفسه لا فیما یتعلّق بغیره. قال فی المبسوط: إذا وکّل رجلا علی قبض دین له من غریمه، فادّعی «۱۸» أنّه قبضه منه و سلّمه إلیه أو «۱۹» تلف فی یده، و صدّقه من علیه الدین، و قال الموکّل: لم یقبضه منه. قال قوم: ان القول قول الموکّل مع یمینه و لا یقبل قول الوکیل و لا المدین إلّا بیّنة، لأنّ الموکّل مدّع للمال علی المدین، دون الوکیل،

لأنّه يقول: أنا لا أستحقّ عليك شيئا، لأنّک لم تقبض المال و إنّ مالى باق على المدين. و لذا إذا حلف المدّعى طالب المدين، و لا يثبت بيمينه على الوكيل شىء، فإذا كان كذلک كان بمنزلة أن يدّعى من عليه الدين دفع المال إليه و هو ينكره، فيكون القول قوله، فكذلک هنا، و هذا أقوى. و إذا وكّله بالبيع و التسليم و قبض الثمن فباعه و سلم المبيع و ادّعى قبض الثمن و تلفه فى يده أو دفعه إليه فأنكر الموكّل أن يكون قبضه من المشترى، كان القول قول الوكيل مع يمينه، لأنّ الوكيل مدّعى عليه لأنّه يدّعى عليه أنه سلّم المبيع و لم يقبض الثمن، و صار ضامنا، فالقول قوله «۲۰» لأنّ الأصل أنّه أمين و أنّه لا ضمان عليه. و يخالف المسألة الأولى لأنّ المدّعى عليه فيها هو الّذى عليه الدين و هو الخصم «۲۱» فإذا جعلنا القول قول الموكّل لم نوجب على الوكيل غرامة، و فى المسألة الثانية نوجب غرامة، فكان القول قول الوكيل (انتهى) «۲۲». و المسألة الأولى نظير ما ذكره المحقّق «۲۳» و العلّامة «۲۴»- فى اختلاف الوكيل و الموكّل فى الثمن- من أنّ الوكيل ما يدّعى عليه بشىء، بل يريد تغريم الموكّل. هذا، لكن المحقّق فى الشرائع تنظّر فى الفرق بين المسألتين الذى ذكره فى المبسوط «۲۵». قال فى المبسوط: إذا أذن له فى شراء عبد وصفه فاشتراه بمائة، ثمّ اختلف هو و الموكّل، فقال الموكّل: اشتريته بثمانين. و قال الوكيل: اشتريته بمائة و العبد يساوى مائة، قيل: فيه قولان: أحدهما: أنّه يقبل قول الوكيل كما يقبل قوله فى التسليم و التلف. و الثانى: لا يقبل قوله عليه لأنّه يتعلّق بغيره. و كذلک كلّ ما اختلفا فيه مما يتعلّق بحقّ غيرهما من بائع أو مشتر أو صاحب حقّ، فإنّه على قولين، و الأوّل أصح.. «۲۶» (انتهى). ثمّ إنّ معنى الملک- فى الموضوع «۲۷»- إمّا أن يكون هى السلطنة المستقلة، أو مجرّد أنّ له ذلک.

فعلى الأوّل: يختصّ بالمالک الأصيل و الولىّ الإجبارى. و على الثانى: يشمل الوكيل و العبد المأذون أيضا. و لا يخفى أنّ مراد جلّ الفقهاء، بل كلّهم هو الثانى. و يؤيّده تعبيرهم بأنّ له

المكاسب، ج۴، ص ۳۷۰

أن يفعل كذا فله الإقرار به. و قولهم: من يقدر على إنشاء شىء يقدر على الإقرار به، و من يلزم فعله غيره يلزم إقراره به عليه. و أمّا ملک الإقرار، فيحتمل أن يراد به السلطنة المستقلّة المطلقة، بمعنى أنّه لا يزاحمه أحد فى إقراره، و أنّه نافذ على كلّ أحد. و أن يراد به مجرّد أنّ له الإقرار به فلا سلطنة مطلقة له، فيمكن أن يزاحمه من يكون له- أيضا- سلطنة على الفعل، فيكون ملک الإقرار بالشىء على نحو السلطنة على ذلک الشىء، فليس للبنت البالغة الرشيدة- بناء على ولاية الأب عليها- مزاحمة الولى فى إقراره، كما ليس لها مزاحمته فى أصل الفعل. و كذا إذا قامت البيّنة على إقرار الأب حين صغر الطفل بتصرّف فيه أو فى ماله، فليس له بعد البلوغ مزاحمته. و هذا بخلاف الموكّل فإنّه يزاحم الوكيل فى إقراره كما يزاحمه فى أصل التصرّف. إذا عرفت ما ذكرنا فى معنى القضية، فاعلم أنّ حديث الإقرار لا يمكن أن يكون منشأ لهذه القاعدة: أمّا أولا- فلأنّ حديث الإقرار لا يدلّ إلّا على ترتيب الآثار التى يلزم على المقرّ دون غيرها مما يلزم «۱» غيره، فإذا قال للكبير البالغ العاقل: إنّه ابنى، فلا يترتّب عليه إلّا ما يلزم على المقرّ من أحكام الأبوّة، و لا يلزم على الولد شىء من أحكام البنوّة. نعم لو ترتّب على الآثار اللازمة على المقرّ آثار لازمة على غيره ثبت على غيره، فلو كان الابن المذكور ممن ظاهره الرقيّة للمقرّ، فيسقط عنه حق «۲» الغير المتعلّق بأمواله، مثل نفقة واجب النفقة و دين الغريم، لأنّ مثل ذلک تابع للمال حدوثا و بقاء، فهو من قبيل الوجوب المشروط بشىء يكون المكلّف مختارا فى إيجاده و إعدامه، لا من قبيل الحقّ المانع من الإعدام، كحقّ المرتهن و المفلّس و نحو ذلک، فإنّه حقّ لصاحبه، نظير الملكية للمالک، فذو الحقّ كالشريک. و الحاصل: أنّ دليل الإقرار لا ينفع فى إقرار الوكيل و العبد و الولىّ على غيرهم. و أمّا ثانيا: فلأنّ جلّ الأصحاب قد ذكروا هذه القضية مستندا لصحّة إقرار الصبى بما يصحّ منه، كالوصيّة بالمعروف و الصدقة، و لو كان المستند فيها حديث الإقرار لم يجز ذلک، لبنائهم على خروج الصّبىّ من حديث الإقرار، لكونه مسلوب العبارة بحديث «رفع القلم» «۳». و كيف كان فلا ريب فى عدم استنادهم فى هذه القضية إلى حديث الإقرار. و ربما يدّعى الإجماع على القضية المذكورة، بمعنى أنّ استدلال الأصحاب بها يكشف عن وجود دليل معتبر لو عثرنا به لم نعدل عنه، و إن لم يكشف عن الحكم الواقعى. و هذه الدّعوى إنّما تصحّ مع عدم ظهور خلاف أو تردّد منهم فيها «۴»، لكنّا نرى

من أساطينهم فى بعض المقامات عدم الالتزام بها أو التّردّد فيها، فهذا العلّامة فى التذكرة رجّح تقديم قول الموكّل عند دعوى الوكيل- قبل العزل- التصرّف «۵». و تردّد فى ذلک فى التحرير «۶»، و تبع المحقّق فى تقديم دعواه نقصان الثمن عما يدّعيه الوكيل «۷». و يظهر من فخر الدين فى الإيضاح عدم قبول دعوى الزوج فى العدّة الرجوع، و جعل نفس الدعوى رجوعا «۸». و تردّد فى ذلک فى موضع من القواعد «۹». و تقدّم عن الشهيد فى القواعد: الاستشكال فى دعوى الزوج الرجعة «۱۰». و أنكر المحقّق «۱۱» هذه القاعدة رأسا، حيث تردّد فى قبول إقرار العبد المأذون «۱۲» و فى قبول قول الولىّ فى تزويج بنته لو أنكرت، بل و لو لم تنكر لجهلها بالحال. قال فى جامع المقاصد فى شرح قول العلّامة رحمه اللَّه: لو قيل للولىّ زوّجت بنتک من فلان؟ فقال: نعم. فقال الزوج: قبلت.. إلخ بعد شرح العبارة ما لفظه:

و لو صرّح بإرادة الإقرار فلا زوجية فى نفس الأمر إذا لم يكن مطابقا للواقع، و هل يحكم به ظاهرا بالنسبة إلى البنت؟ فيه احتمال، و ينبغى أن يكون القول قولها بيمينها ظاهرا إذا ادّعت كذب الولىّ فى إقراره. و هل لها ذلک فيما بينها و بين اللَّه إذا لم تعلم بالحال؟ فيه نظر، ينشأ: من أصالة العدم، و أنّ الإقرار لا ينفذ فى حقّ الغير، و لو لا ذلک لنفذ دعوى الاستدانة و إنشاء بيع أمواله. و من أنّ إنشاء النكاح فى وقت ثبوت الولاية فعله و هو مسلّط عليه، فينفذ فيه إقراره، و ينبغى التأمّل لذلک.. «۱۳» (انتهى). و قال فى شرح قول العلّامة: «إنّ المقرّ قسمان مطلق و محجور، فالمطلق ينفذ إقراره فى كل ما ينفذ تصرّفه» ما حاصله: إنّ هذه القضية لا تنقض بعدم سماع دعوى الوكيل فيما وكّل فيه، لأنّها شهادة و ليست بإقرار، إذ الإقرار إخبار بحقّ لازم للمخبر «۱۴». «۱۵» و ظاهر هذا الكلام: أنّ هذه الكلّية المرادفة لقضية «من ملک» مختصّة بإقرار المالک بما يتعلّق بنفسه لا غيره. هذا و لكنّ الإنصاف: أنّ القضية المذكورة فى الجملة إجماعيّة، بمعنى أنّه ما من أحد من الأصحاب- ممّن وصل إلينا كلامهم- إلّا و قد عمل بهذه القضية فى بعض الموارد، بحيث نعلم أن لا مستند له سواها، فإنّ من ذكرنا خلافهم إنّما خالفوا فى بعض موارد القضية، و عملوا بها فى مورد «۱۶» آخر، فإنّ المحقّق الثانى و إن ظهر منه الخلاف فيما ذكرنا من الموارد إلّا أنّه وافق الأصحاب فى إقرار الصبى بما له أن يفعله، مستندا فى جامع المقاصد إلى هذه الكلّية «۱۷»، مع أنّه لا يمكن الاستناد إلى غيرها، لأنّ حديث الإقرار مخصّص بالصبى و المجنون لعدم العبرة بكلامهما فى الإنشاء و الإخبار. و العلّامة و ان ظهر منه المخالفة فى بعض الموارد، حتّى فى مسألة إقرار الصبى بماله أن يفعله «۱۸» و إقرار العبد فيما يتعلّق بالتجارة- على ما فى التذكرة «۱۹»- إلّا أنّ صريحه فى كثير من الموارد الاستناد إلى القاعدة، كما فى إقرار الولىّ الإجبارى بالعقد على المولّى عليه، و جزم بسماع الدعوى عليه معلّلا بأنّه لو أقرّ لنفع المدّعى لأنّ إقراره ماض «۲۰». بل تقدّم منه دعوى الإجماع على قبول دعوى المسلم أمان الحربىّ فى زمان ملک الأيمان «۲۱». و كذا فخر الدين حيث أكثر العمل بهذه القاعدة «۲۲»، فظهور المخالفة منه فى مسألة الإقرار غير مضرّ، مع إمكان أن يكون مراده عدم الحاجة فى تلک المسألة إلى تلک القاعدة، لأنّ مجرّد الإخبار بالرجعة رجوع، من غير حاجة إلى الحكم بمضىّ إقراره، فإنّ الشىء مستند إلى أسبق سببية، فإذا كان أصل الأخبار بالشىء إنشاء له فى الحال، لم يحتج إلى إثبات صدق المخبر به بدليل خارج «۲۳».

و كيف كان: فلم نجد فقيها أسقطه عن استقلال التمسّک، لكن الإجماع على الاستناد إليه فى الجملة إنّما ينفع لو علمنا أنّ إهمالهم له فى الموارد من حيث وجود المعارض.

أمّا إذا ظهر- أو احتمل- كون الإهمال من جهة تفسير القضية بما لا يشمل تلک الموارد أو «۲۴» اختلفوا فى التفسير على وجه لا يكون مورد متّفق عليه يتمسّک فيه بهذه القضيّة، لم ينفع الاتّفاق المذكور. فإنّ ظاهر العلّامة فى التذكرة فى مسألة إقرار الصبى عدم نفوذه و عدم العبرة بكلامه، حتّى فيما له أن يفعله «۲۵». فالمراد بالموصول عنده فى قضية «من ملک» هو البالغ العاقل. و كذا ظاهر فتواه فى القواعد بأنّ المريض لو أقرّ بعتق أخيه و له عمّ فإنّه ينفذ إقراره من الثلث «۲۶» فإنّ الظاهر أنّ مراده: حجب الأخ العمّ فى مقدار الثلث

المكاسب، ج۴، ص ۳۷۱ من التركة، لا مثل العتق. و هذا المحقّق الثانى يسلّم شمول القضيّة للصبىّ، لكن ينكر شمولها للإقرار على

الغير كما تقدّم من عبارته «۱»، حتى في الوليّ الإجباري الذي يظهر من العلّامة في التذكرة عدم المخالف فيه من العامّة و الخاصّة «۲». فإذا لم يكن إقرار الصبي أو الإقرار على الغير مما اتّفق على شمول القضيّة و كان «۳» إقرار البالغ العاقل على نفسه داخلا «۴» في حديث الإقرار، لم ينفع القضيّة المجمع عليها في الجملة في مورد من موارد الحاجة، إلّا أن يبنى على عدم العبرة بمخالفة العلّامة في التذكرة في شمول القضيّة للصبيّ. مع أنّ عبارتها لا تخلو عن الحاجة إلى التأمّل، مع رجوعه عن هذا في سائر كتبه «۵» مع دعواه الإجماع على قبول دعوى المسلم أمان الحربي في حال ملكه لأمانه «۶»، و ظاهر ان ليس مستند له إلّا القضيّة المذكورة، و لذا يظهر من بعضهم دعوى الاتفاق على أن من صحّح صدقة الصبي و وصيّته حكم بمضيّ إقراره فيهما. و على عدم العبرة بمخالفة المحقّق الثاني في شمول القضيّة للإقرار على الغير، لأنّ الظاهر ثبوت الاتفاق من «۷» غيره على سماع إقرار من ملك على غيره تصرّفا عليه، خصوصا إذا كان وليّا إجباريّا عليه بحيث لا يملك المولّى عليه التصرّف. و قد سمعت أنّ الظاهر من التذكرة اتّفاق العامّة و الخاصّة على سماع إقرار الوليّ الإجباري تزويج «۸» المولّى عليه. و يؤيّده استقرار السيرة على معاملة الأولياء- بل مطلق الوكلاء- معاملة الأصيل في إقرارهم كتصرّفاتهم. هذا غاية التوجيه لتصحيح دعوى الإجماع في المسألة، و لا يخلو بعد عن الشبهة، فاللازم تتبع مدرك آخر لها، حتى يكون استظهار الإجماع عليها مؤيّدا له و جابرا لضعفه أو وهنه ببعض الموهنات، و لا بدّ أن يعلم أنّ المدرك لها لا بدّ أن يكون جامعا لوجه اعتبار قول الصبيّ فيما له أن يفعل حتى يحكم على أدلّة عدم اعتبار كلام الصبيّ في الإنشاء و الإخبار الحاكمة على حديث الإقرار، و اعتبار إقرار الوكيل و الوليّ على الأصيل حتى يحكم على أدلّة عدم سماع إقرار المقرّ على غيره، لكونها دعوى محتاجة إلى البيّنة، لا إقرارا على النفس. و من هنا يظهر أنّ التمسّك بأدلّة قبول قول من ائتمنه المالك بالإذن أو الشارع بالأمر و عدم جواز اتّهامه غير صحيح، لأنّها لا ينفع في إقرار الصبيّ، و الرجوع فيه إلى دليل آخر- لا يجري في الوكيل و الوليّ- يخرج القضيّة عن كونها قاعدة واحدة، على ما يظهر من القضيّة: من أنّ العلّة في قبول الإقرار كونه مالكا للتصرّف المقرّ به. هذا مع أنّه لو كان مدرك القضيّة قاعدة الائتمان لم يتّجه الفرق بين وقوع الإقرار في زمان الائتمان أو بعده، مع أنّ جماعة صرّحوا بالفرق، فإنّ قولهم «إنّ من لا يتمكّن من إنشاء شيء لا ينفذ إقراره فيه» ليس المراد منه عدم نفوذ إقراره بفعل ذلك في زمان عدم التمكّن، إذ لا معنى لعدم النفوذ هنا لعدم ترتّب أثر على المقرّ به، بل المراد: عدم نفوذ الإقرار بفعله حين يتمكّن من الفعل، و لذا فرّع في التحرير على القضيّة المذكورة: أنّه لو أقرّ المريض بأنّه وهب و أقبض حال الصحّة، نفذ من الثلث «۹» و صرّح فيه أيضا و في غيره بعدم نفوذ إقرار العبد المأذون- بعد الحجر عليه- بدين أسنده إلى حال الإذن «۱۰» و قد عرفت ما في جهاد التذكرة «۱۱». و الحاصل: أنّ بين هذه القاعدة و قاعدة الائتمان عموما من وجه. و هنا قاعدة أخرى، أشار إليها فخر الدّين- على ما تقدم من الإيضاح- بأنّ كلّ ما يلزم فعله غيره يمضي إقراره بذلك الفعل على ذلك الغير «۱۲» «۱۳» و ظاهره- و لو بقرينة الاستناد إليها في قبول قول الوصيّ و أمين الحاكم إذا اختلفا مع المولّى عليه- إرادة مضيّ الإقرار على الغير و لو بعد زوال الولاية. فإن أريد من لزوم فعل المقرّ على الغير: مجرّد مضيّه و لو من جهة نصب المالك أو الشارع له كانت أعمّ مطلقا من القاعدتين، لشموله «۱۴» لوليّ النكاح الإجباريّ النافذ إقراره على المرأة. و إن «۱۵» أريد منه لزومه عليه ابتداء لسلطنة عليه كأولياء القاصرين في المال و النكاح كانت أعمّ من وجه من كلّ من القاعدتين، لاجتماع الكلّ في إقرار وليّ الصغير ببيع ماله، و افتراق «قاعدة الائتمان» عنهما «۱۶»

في إقرار الوكيل بعد العزل، و افتراق قضية «من ملك» في إقرار الصبيّ بماله أن يفعل، و افتراق ما في الإيضاح بإقرار الوليّ الإجباري بعد زوال الولاية بالنكاح في حالها.

ثمّ إنّه يمكن أن يكون الوجه في القضيّة المذكورة، ظهور اعتبره الشارع، و بيانه: أنّ من يملك إحداث تصرّف فهو غير متّهم في الإخبار عنه حين القدرة عليه، و الظاهر صدقه و وقوع المقرّ به. و إن كان هذا الظهور متفاوت الأفراد قوّة و ضعفا بحسب قدرة المقرّ فعلا على إنشاء المقرّ به من دون توقّف على مقدّمات غير حاصلة وقت الإقرار، كما في قول الزوج: رجعت، قاصدا به الإخبار مع قدرته عليه بقصد الإنشاء، و عدم قدرته لفوات بعض المقدّمات، لكنّه قادر على تحصيل المقدّمات و فعلها «۱۷» في الزمان المتأخّر،

كما إذا أقرّ العبـد بالـدّين فى زمان له الاسـتدانهٔ شـرعا لكنّه موقوف على مقدّمات غير حاصـلهٔ، فإنّ الظاهر هاهنا- أيضا- صدقه، و إن أمكن كـذبه باعتبـار بعض الـدواعى. لكن دواعى الكـذب فيه أقل بمراتب من دواعى الكـذب المحتملهٔ فى إقرار العبـد المعزول عن التجارهٔ الممنوع عن الاسـتدانهٔ. و لو تأمّلت هذا الظهور- و لو فى أضـعف أفراده- وجدته أقوى من ظهور حال المسـلم فى صحهٔ فعله، بمعنى مطـابقته للواقع. بـل يمكن أن يـدّعى أنّ حكمـهٔ اعتبار الشارع و العرف لإقرار البالغ العاقل على نفسه: أنّ الظاهر أنّ الإنسان غير متّهم فيمـا يخبره ممـا يكون عليه لاـ له، و فى النبوىّ: «إقرار العقلاء» «۱۸» إشـارهٔ إليه، حيث أضـاف الإقرار إلى العقلاء تنبيها على أنّ العاقل لا يكذب على نفسه غالبا، و إلّا فلم يعهد من الشارع إضافهٔ الأسـباب إلى البالغ العاقل، و إن اختص السبب به، إلّا أنّه اكتفى عن ذلك فى جميع الأسـباب القوليّهٔ و الفعليّهٔ بحديث «رفع القلم» «۱۹» فالصبىّ لمّا جاز له بعض التصـرّفات مثل الوقف و نحوه و لم يكن إقراره مظنّهٔ للكـذب كـان مقبولاـ و لمّا كان بعض الأقارير- بحسب نوعه- لا ظهور له فى الصـدق لم يعتبره الشارع، كما فى الإقرار المتعارف لإقامهٔ رسم القبالهٔ، و كما فى إقرار المريض مطلقا أو إذا كان متّهما. و يؤيّده: أنّ بعض الفقهاء قد يحكم بسماع الإقرار و ان تضـمّن دفع دعوى الغير مسـتندا إلى عـدم كونه متّهمـا، كمـا فى إقرار مالـك اللقيط [بعتقه] «۲۰» بعـد إنفـاق الحاكم عليه بإعتاقه قبل ذلك، فإنّ الشـيخ رحمهٔ اللّه عليه حكم فى المبسوط بسماعه، لكونه غير متّهم، لأنّه لا يريد العبد و لا يريد الثمن «۲۱» فيستمع دعواه و إن تضـمّنت دفع النفقـهٔ عن نفسه. و ليس الغرض ترجيح هذا القول فى هذه المسألهٔ، بل الغرض تقريب أنّ عدم اتّهام المخبر فى خبره يوجب تقديم قوله، و مرجعه إلى تقديم هذا الظاهر على الأصل، كما فى نظائره من ظهور الصـحّهٔ فى فعل المسلم و نحوه من الظواهر. هـذا و لكنّ الظهور المذكور لا حجيّهٔ فيه بنفسه حتى يقدّم على مقابله من الأصول و القواعد المقرّرهٔ، بل يحتاج إلى قيام دليل عليه أو استنباطه من أدلهٔ بعض القواعد الأخر.

المكاسب، ج۴، ص ۳۷۲

۶- رسالهٔ فى قاعدهٔ لا ضرر

اشارهٔ

بسم اللّه الرحمن الرحيم [و به ثقتى و اعتمادى] «۱». الحمد للّه ربّ العالمين. و الصلاهٔ و السلام على محمّد و آله الطاهرين «۲». و لعنهٔ اللّه على أعـدائهم أجمعين إلى يوم الـدين. و الكلام يقع تارهٔ فى معناها. و اخرى فى مـدركها و بيان حالها مع الأدلهٔ المعارضهٔ لها فى الظاهر «۳». و ثالثهٔ فى بعض ما يتفرّع عليها ممّا عنونه الفقهاء مستدلّين عليها بها. و لا بدّ أوّلا من ذكر الأخبار الّتى عثرنا عليها فى حكم الضـرر، فنقول و باللّه التوفيق: منها ما اشـتهر عنه صـلّى اللّه عليه و آله و سلم فى قصّهٔ سمرهٔ بن جندب، و قد روى بألفاظ مختلفهٔ: ففى موثّقـهٔ زرارهٔ عن أبى جعفر عليه السـلام: «إنّ سـمرهٔ بن جنـدب كان له عـذق «۴» فى حائـط «۵» رجل «۶» من الأنصـار. و كـان منزل الأنصـارىّ ببـاب البسـتان، و كـان يمرّ إلى نخلته و لاـ يسـتأذن، فكلّمه الأنصارىّ أن يسـتأذن إذا جاء. فأبى سـمرهٔ. فجاء الأنصارىّ إلى رسول اللّه صـلّى اللّه عليه و آله و سـلم فشـكى إليه، فـأخبره الخـبر، فأرسـل إليه رسول اللّه صـلّى اللّه عليه و آله و سـلم و خـبّره بقول الأنصارىّ و ما شكاه و قال: إذا أردت الدخول فاستأذن. فأبى. فلّما أبى ساومه حتّى بلغ به من الثمن له ما شاء اللّه، فأبى أن يبيعه. فقال: لك بها عذق فى الجنّهٔ فأبى أن يقبل. فقال رسول اللّه صلّى اللّه عليه و آله و سلم للأنصارى: اذهب فاقلعها و ارم بها إليه، فإنّه لا ضرر و لا ضرار» «۷». و فى روايهٔ الحذّاء، عن أبى جعفر عليه السلام نحو ذلك، إلّا أنّه قال لسمرهٔ بعد الامتناع: «ما أراك يا سمرهٔ إلّا مضارّا، اذهب يـا فلاـن فاقلعها و ارم بها وجهه» «۸». و فى روايـهٔ ابن مسـكان، عن زرارهٔ، عن أبى جعفر عليه السـلام نحو ذلـك بزيادهٔ لا تغيّر المطلب، و فى آخرها:

«إنّـك يا سـمرهٔ رجل مضارّ. لا ضـرر و لا ضـرار على المؤمن. ثمّ أمر بها فقلعت، فرمى بها وجهه، و قال: انطلق فاغرسـها حيث شـئت»

«۹». و فی هذه القصّة إشكال من حيث حكم النبیّ صلّی اللّه عليه و آله و سلم بقلع العذق، مع أنّ القواعد لا تقتضيه، و نفی الضرر لا يوجب ذلك، لكن لا يخلّ بالاستدلال. و منها: رواية عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام: «قضی رسول اللّه صلّی اللّه عليه و آله و سلم بالشفعة بين الشركاء فی الأرضين و المساكن. و قال: لا ضرر و لا ضرار» «۱۰». و منها: ما عن التذكرة و نهاية ابن الأثير، مرسلا عن النبیّ صلّی اللّه عليه و آله و سلم: «لا ضرر و لا ضرار فی الإسلام» «۱۱». و منها:

رواية هارون بن حمزة الغنوی، عن أبی عبد اللّه عليه السلام: «رجل شهد بعيرا مريضا يباع. فاشتراه رجل بعشرة دراهم، فجاء و أشرك فيه رجلا بدرهمين بالرأس و الجلد. فقضی أنّ البعير بریء. فبلغ ثمنه دنانير. قال: فقال: لصاحب الدرهمين خمس ما بلغ. فإن قال: أريد الرأس و الجلد فليس له ذلك. هذا الضرار. قد اعطی حقّه إذا اعطی الخمس» «۱۲».

و منها: رواية أخری لعقبة بن خالد، عن أبی عبد اللّه عليه السلام قال: «قضی رسول اللّه صلّی اللّه عليه و آله و سلم بين أهل المدينة فی مشارب النخل أنه: لا يمنع نقع البئر، و قضی بين أهل البادية أنّه:

لا يمنع فضل ماء ليمنع به فضل كلاء فقال: لا ضرر و لا ضرار» «۱۳». هذه جملة ما عثرنا عليها من الروايات العامّة «۱۴». و كثرتها تغنی عن ملاحظة سندها. مضافا إلی حكاية تواتر نفی الضرر و الضرار عن فخر الدين فی الإيضاح فی باب الرهن. و لم أعثر عليه «۱۵». فالمهمّ بيان معنی الضرر و الضرار. أمّا معنی الضرر فهو معلوم عرفا. ففی المصباح: الضرّ- بفتح الضاد- مصدر ضرّه يضرّه. من باب قتل، إذا فعل به مكروها و أضرّ به. يتعدّی بنفسه ثلاثيا و بالباء رباعيّا، و الاسم: الضرر، و قد يطلق علی نقص فی الأعيان. و ضارّه يضارّه مضارّة و ضرارا بمعنی ضرّه. «۱۶» (انتهی). و فی النهاية: معنی قوله عليه السلام «لا ضرر»: لا يضرّ الرجل أخاه بأن ينقصه شيئا من حقوقه. و الضرار فعال من الضرّ. أی: لا يجازيه علی إضراره بإدخال الضرر عليه. و الضرر فعل الواحد، و الضرار فعل الاثنين، و الضرر ابتداء الفعل، و الضرار الجزاء عليه. و قيل: الضرر أن تضرّ صاحبك و تنتفع أنت به، و الضرار أن تضرّه من غير أن تنتفع به. و قيل: هما بمعنی واحد. و الضرار للتأكيد «۱۷» (انتهی). و كيف كان فالتباس الفرق بين الضرر و الضرار لا يخلّ بما هو المقصود من الاستدلال بنفی الضرر فی المسائل الفرعية. فالأهمّ فی ذلك بيان معنی النفی. فنقول: إنّ نفی الضرر ليس محمولا علی حقيقته، لوجود الحقيقة فی الخارج بداهة، فلا بدّ من حمله علی محامل قال بكلّ منها «۱۸» قائل: أحدها: حمله علی النهی. فالمعنی تحريم الفعل «۱۹». الثانی: الضرر المجرّد عن التدارك «۲۰». فكما أنّ ما يحصل بإزائه نفع لا يسمّی ضررا، كدفع مال بإزاء عوض مساو له أو زائد عليه، كذلك الضرر المقرون بحكم الشارع بلزوم تداركه نازل منزلة عدم الضرر، و ان لم يسلب عنه مفهوم الضرر بمجرّد حكم الشارع بالتدارك. فالمراد نفی وجود الضرر المجرّد عن التدارك، فإتلاف المال بلا تدارك ضرر علی صاحبه فهو منفیّ، فإذا وجد فی الخارج فلا بدّ أن يكون مقرونا بلزوم التدارك. و كذلك تمليك الجاهل بالغبن ماله بإزاء ما دون قيمته من الثمن ضرر عليه فلا يوجد فی الخارج إلّا مقرونا بالخيار. و هكذا.. الثالث: أن يراد به نفی الحكم الشرعی الذی هو ضرر علی العباد، و أنّه ليس فی الإسلام مجعول ضرری «۲۱». و بعبارة أخری: حكم يلزم من العمل به الضرر علی العباد، مثلا يقال: إنّ حكم الشرع بلزوم البيع مع الغبن ضرر علی المغبون، فهو منفیّ فی الشريعة، و كذلك وجوب الوضوء مع إضرار المكلّف حكم ضرریّ منفی فی الشريعة. ثمّ إنّ أردأ الاحتمالات هو الثانی، و ان قال به بعض الفحول «۲۲»، لأنّ الضرر الخارجیّ لا ينزّل منزلة العدم بمجرّد حكم الشارع بلزوم تداركه، و إنّما المنزّل منزلته، الضرر المتدارك فعلا. و الحاصل:

إنّ إيصال الضرر إن كان لداعی النفع لا نضايق عن سلب الضرر عنه حقيقة، و ان كان قد يناقش فيه. و أمّا الضرر لا لداعی النفع و إن تعقّبه تدارك فهو ضرر حقيقیّ، لكن بعد أن اتّفق تداركه يمكن تنزيله منزلة ما لم يوجد، كما هو معنی التدارك. و أمّا ما لم يتعقّبه تدارك فعلا فلا وجه لتنزيله منزلة ما لم يوجد فی الخارج بمجرّد حكم الشارع بوجوب تداركه. فمنشأ هذا الاحتمال، الخلط بين الضرر المتدارك فعلا و الضرر المحكوم بلزوم تداركه. و المناسب للمعنی الحقيقیّ- أعنی نفی الماهيّة- هو الأوّل.

نعم لو كان حكم الشارع فی واقعة بنفسه حكما ضرريا يكون تداركه بحكم آخر، كحكمه بجواز قتل مجموع العشرة المشتركين فی

قتل واحد، المتدارك بوجوب دفع تسعة أعشار الدية إلى كلّ واحد، و أمّا الضرر الواقع من المكلّف فلا يتدارك بحكم الشرع بلزوم التدارك لينزّل منزلة العدم. هذا مضافا إلى أنّ ظاهر قوله عليه السلام: «لا ضرر في الإسلام» كون الإسلام ظرفا للضرر، فلا يناسب أن يراد به الفعل المضرّ. و انّما المناسب الحكم الشرعى الملقى للعباد فى الضرر فى نظير قوله: «لا حرج فى الدين «۲۳»». هذا، مع أنّ اللازم من ذلك

المكاسب، ج۴، ص ۳۷۳

عدم جواز التمسّك بالقاعدة لنفى الحكم الضررىّ المتعلّق بنفس المكلّف «۱»، كوجوب الوضوء مع التضرّر به، فإنّ فعل الوضوء المضرّ حرام، و الواقع منه فى الخارج لم يجعل له الشرع تداركا، مع أنّ العلماء لم يفرّقوا فى الاستدلال بالقاعدة بين الإضرار بالنفس و الإضرار بالغير. و أمّا المعنى الأوّل فهو مناف لذكرها «۲» فى النصّ و الفتوى لنفى الحكم الوضعىّ، لا ـ مجرّد تحريم الإضرار. نعم يمكن أن يستفاد منه تحريم الإضرار بالغير من حيث إنّ الحكم بإباحته حكم ضررىّ فيكون منفيّا فى الشرع، بخلاف الإضرار بالنفس فإنّ إباحته- بل طلبه على وجه الاستحباب- ليس حكما ضرريّا، و لا يلزم من جعله ضرر على المكلّفين. نعم قد استفيد من الأدلّة العقليّة «۳» و النقليّة «۴» تحريم الإضرار بالنفس. فتبيّن ممّا ذكرناه: أنّ الأرجح فى معنى الرواية بل المتعيّن هو المعنى الثالث، لكن فى قوله: «لا ضرر و لا ضرار» من دون تقييد، أو مع التقييد بقوله: «فى الإسلام».

و أمّا قوله: «لا ضرر و لا ضرار على مؤمن» فهو مختصّ بالحكم الضررىّ بالنسبة إلى الغير، فلا يشمل نفى وجوب الوضوء و الحجّ مع الضرر. و

ينبغى التنبيه على أمور:

[التنبيه] الأوّل

إنّ دليل هذه القاعدة حاكم على عموم أدلّة إثبات الأحكام الشامل لصورة التضرّر بموافقتها، و ليس معها من قبيل المتعارضين، فيلتمس الترجيح لأحدهما ثمّ يرجع إلى الأصول. خلافا لما يظهر من بعض من عدّهما من المتعارضين «۵»، حيث إنّه ذكر فى مسألة «تصرف الإنسان فى ملكه مع تضرّر جاره»: إنّ عموم: «نفى الضرر» معارض بعموم: «الناس مسلّطون على أموالهم» «۶». و ذكر نحو ذلك فى مسألة جواز الترافع إلى حكّام الجور مع انحصار إنقاذ الحقّ فى ذلك «۷». و فيه ما تقرّر فى محلّه من أنّ الدليل الناظر بدلالته اللفظية إلى اختصاص دليل عامّ ببعض أفراده حاكم عليه، و لا يلاحظ فيه النسبة الملحوظة بين المتعارضين، نظير حكومة أدلّة الحرج على ما يثبت بعمومه التكليف فى موارد الحرج «۸»، و عليه جرت سيرة الفقهاء فى مقام الاستدلال فى مقامات لا ـ تخفى، منها: استدلالهم على ثبوت خيار الغبن «۹» و بعض الخيارات الأخر بقاعدة «نفى الضرر» مع وجود عموم: «الناس مسلطون على أموالهم» «۱۰» الدالّ على لزوم العقد و عدم سلطنة المغبون على إخراج ملك الغابن بالخيار عن ملكه «۱۱». ثمّ إنّ اللازم مما ذكرنا، الاقتصار فى رفع مقتضى الأدلّة الواقعية المثبتة للتكاليف، على مقدار حكومة القاعدة عليها، فلو فرض المكلّف معتقدا لعدم تضرره بالوضوء أو الصوم مثلا ـ فتوضأ ثمّ انكشف أنّه تضرر به، فدليل نفى الضرر لا ـ ينفى الوجوب الواقعى المتحقّق فى حقّ هذا المتضرّر. لأنّ هذا الحكم الواقعى لم يوقع المكلّف فى الضرر، و لذا لو فرضنا انتفاء هذا الوجوب واقعا على هذا المتضرّر- كأن يتوضّأ هذا الوضوء لاعتقاد عدم تضرره و عدم دخوله فى المتضرّرين- فلم يستند تضرّره إلى جعل هذا الحكم، فنفيه ليس امتنانا على المكلّف و تخليصا له من الضرر، بل لا ـ يثمر إلّا تكليفا له بالإعادة بعد العمل و التضرّر. فتحصّل: أنّ القاعدة لا تنفى إلّا الوجوب الفعلى على المتضرّر العالم بتضرّره، لأنّ الموقع للمكلّف فى الضرر هو هذا الحكم الفعلى، دون الوجوب الواقعى الّذى لا يتفاوت وجوده و عدمه فى إقدام المكلّف على الضرر. بل نفيه مستلزم لإلقاء المكلّف فى مشقّة الإعادة، فالتمسّك بهذه القاعدة على فساد العبادة للمتضرّر بها فى

دوران الفساد مدار اعتقاد الضرر الموجب للتكليف الفعلی بالتضرّر بالعمل، کالتمسّک علی فسادها بتحریم الإضرار بالنفس فی دورانه مدار الاعتقاد بالضـرر الموجب للتحریم الفعلی، لأنّه الذی یمتنع اجتماعه مع الأمر، فلا یجری مع الضـرر الواقعی و أن سلّم اجتماعه مع التحریم الشأنی، کمـا تسـالموا علیه فی بـاب اجتمـاع الأمر و النهی من عـدم الفساد مع الجهل بالموضوع أو نسـیانه، و أنّ المفسـد هو التحریم الفعلیّ المنجّز.

[التنبیه] الثانی

إنّه لاـ إشـکال- کمـا عرفت- فی أنّ القاعـدهٔ المـذکورهٔ تنفی الأحکام الوجودیّـهٔ الضـرریّهٔ، تکلیفیّـهٔ کانت أو وضـعیّهٔ، و أمّا الأحکام العدمیّـهٔ الضـرریّهٔ- مثل عـدم ضـمان ما یفوت علی الحرّ من عمله بسـبب حبسه- ففی نفیها بهذه القاعدهٔ، فیجب أن یحکم بالضـمان، إشـکال: من أنّ القاعدهٔ ناظرهٔ إلی نفی ما ثبت بالعمومات من الأحکام الشـرعیهٔ، فمعنی نفی الضـرر فی الإسلام أنّ الأحکام المجعولهٔ فی الإسلام لیس فیها حکم ضرریّ. و من المعلوم أنّ حکم الشرع فی نظائر المسألهٔ المذکورهٔ لیس من الأحکام المجعولهٔ فی الإسلام، و حکمه بالعدم لیس من قبیل الحکم المجعول، بل هو إخبار بعدم حکمه بالضمان، إذ لا یحتاج العدم إلی حکم به. نظیر حکمه بعدم الوجوب أو الحرمـهٔ أو غیرهما. فإنّه لیس إنشاء منه بل هو إخبار حقیقهٔ. و من أنّ المنفیّ لیس خصوص المجعولات بل مطلق ما یتدیّن به و یعامل علیه فی شـریعهٔ الإسـلام، وجودیّا کان أو عـدمیّا، فکما أنّه یجب فی حکمـهٔ الشارع نفی الأحکام الضّـرریّهٔ، کـذلک یجب جعل الأحکام الّتی یلزم من عدمها الضـرر. مع أنّ الحکم العدمیّ یسـتلزم أحکاما وجودیّهٔ، فإنّ عدم ضمان ما یفوته من المنافع یستلزم حرمـهٔ مطالبته و مقاصّـته و التعرّض له، و جواز دفعه عند التعرّض له. فتأمّل. هذا کلّه، مضافا إلی إمکان اسـتفادهٔ ذلک من مورد روایهٔ سمرهٔ بن جندب، حیث إنّه صـلّی اللَّه علیه و آله و سـلم سـلّط الأنصاریّ علی قلع نخل سـمرهٔ معلّلا بنفی الضـرر، حیث إنّ عدم تسلّطه علیه ضرر، کما أنّ سلطنهٔ سمرهٔ علی ماله و المرور علیه بغیر الإذن ضرر. فتأمّل. و یمکن تأیید دلالته بما استدلوا به علی جواز المقاصّهٔ مثـل قوله تعالی جَزاءُ سَـیِّئَهٍٔ سَیِّئَهٌٔ مِثْلُها.. وَ لَمَنِ انْتَصَـرَ بَعْـدَ ظُلْمِهِ فَأُولئِکَ ما عَلَیْهِمْ مِنْ سَبِیلٍ «۱۲». و قوله تعـالی فَاعْتَـدُوا عَلَیْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدی عَلَیْکُمْ «۱۳»

فیقـال: إنّ من فوّت علی غیره منفعـهٔ- کـأن حبسه عن عمله- جاز له أخـذ ما یساوی تلک المنفعـهٔ منه. إلّا أنّ دلالـهٔ هـذه الآیات علی نفس ما استدلّوا بها علیه فضلا عن نظیره قاصرهٔ جدّا.

[التنبیه] الثالث

ذکر بعض المعاصرین «۱۴» جوابا عن إیراد أورده علی الاستدلال بنفی الضرر لرفع التکالیف الثابتهٔ بعموم أدلّتها فی مورد الضرر، مثل وجوب الحجّ و الصـلاهٔ و الوضوء و الصوم علی من تضـرّر، و هو: أنّا قد حققنا أنّ الضـرر ما لا یحصل فی مقابله نفع، و أمّا ما یحصـل فی مقابله نفع دنیوی أو أخروی فلا یکون ضـررا، فإذا ورد- مثلا- : حجّوا إذا اسـتطعتم، أو صلّوا إذا دخل الوقت، أو صوموا إذا دخل شهر رمضان، دلّ علی عمومه علی وجوب هذه الأفعال و ان تضمّن ضررا کلیّا. و الأمر یدلّ علی العوض فلا یکون ضررا.

فأجاب بما لفظه: «إنّ الأمر إنّما «۱۵» یتعلق بالصلاهٔ و الحجّ. و لازمهٔ تحقق الأجر المقابل لماهیّهٔ الحجّ و الصلاهٔ المتحقّقهٔ فی حال عدم الضـرر أیضا، و أمّا حصول عوض فی مقابل الضرر و أجر له، فلا دلیل علیه. نعم لو کان نفس الضرر ممّا أمر به فیحکم بعدم التعارض و بعدم کونه ضررا. کما فی قوله: إذا ملکتم النصاب فزکّوا، و أمثاله» (انتهی). أقول: لا یخفی ما فی کلّ من السؤال و الجواب:

المکاسب، ج۴، ص ۳۷۴

أمّا فی السؤال فلأنّ المراد بالضـرر هو خصوص الضـرر الدنیویّ لا غیر. و أمّا النفع الحاصل فی مقابل الضـرر الدنیویّ فهو إنّما یوجب

الأمر بالتضرّر، لا خروجه عن كونه ضررا. فدليل وجوب شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته الموجب للنفع الأخروىّ مخصّص لعموم نفى الضرر، لا رافع «۱» لموضوعه. فجميع ما أثبت التكاليف الضرريّة مخصّص لهذه القاعدة، كيف! و لو كان الأمر كذلك لغت القاعدة. لأنّ كلّ حكم شرعىّ ضررىّ لا بدّ أن يترتّب على موافقته الأجر، فإذا فرض تدارك الضرر و خروجه بذلك عن الضرر فلا وجه لنفيه فى الإسلام، إذ يكون حينئذ وجود الدليل العامّ على التكليف- الكاشف بعمومه عن وجود النفع الأخروىّ فى مورد الضرر- مخرجا للمورد عن موضوع الضرر. و أمّا فى الجواب «۲»: فلأنّه لو سلّم وجود النفع فى ماهيّة الفعل أو فى مقدّماته- كأن تضرّر بنفس الصوم أو بالحجّ أو بمقدّماته- يكون الأمر بذلك الفعل نفسيّا أو مقدّمة أمرا بالتضرّر، فلا يبقى فرق بين الأمر بالزكاة و الأمر بالصوم المضرّ أو الحجّ المضرّ بنفسه أو بمقدّماته. فالتحقيق: أنّ المراد بالضرر خصوص الدنيوىّ، و قد رفع الشارع الحكم فى مورده امتنانا. فتكون القاعدة حاكمة «۳» على جميع العمومات المثبتة للتكليف. نعم، لو قام دليل خاصّ على وجوب خصوص تكليف ضررىّ خصّص به عموم القاعدة.

[التنبيه] الرابع

إنّ مقتضى هذه القاعدة أن لا يجوز لأحد إضرار إنسان لدفع الضرر المتوجّه إليه، و أنّه لا يجب على أحد دفع الضرر عن الغير بإضرار نفسه، لأنّ الجواز فى الأوّل، و الوجوب فى الثانى، حكمان ضرريّان. و يترتّب على الأوّل ما ذهب إليه المشهور من عدم جواز إسناد «۴» الحائط المخوف وقوعه إلى جذع الجار، خلافا للشيخ رحمه اللّه مدّعيا عدم الخلاف فيه «۵». و قد حمل على ما إذا خاف من وقوعه إهلاك نفس محترمة، إذ يجب حفظ النفس المحترمة «۶» غاية الأمر لزوم اجرة المثل للاستناد، كأخذ الطعام قهرا لسدّ الرّمق. و يمكن حمله على ما لم يتضرر أصلا بحيث يكون كالاستظلال بحائط الغير. فتأمل. و يترتّب على الثانى جواز إضرار الغير «۷». إكراها أو تقيّة. بمعنى أنّه إذا أمر الظالم بإضرار أحد و أوعد على تركه الإضرار بالمأمور- إذا تركه- جاز للمأمور إضرار الغير، و لا يجب تحمّل الضرر لرفع الضرر عن الغير. و لا يتوهّم أنّ هذا من قبيل الأوّل- لأنّ المأمور يدفع الضرر عن نفسه بإضرار الغير- لأنّ المفروض أنّ الضرر يتوجّه إلى الغير أوّلا، لأنّ المكره مريد ابتداء تضرر الغير فيأمره و انّما يضرّه لأجل ترك ما أراده أوّلا و بالذات.

[التنبيه] الخامس

لا فرق فى هذه القاعدة بين أن يكون المحقّق لموضوع الحكم الضررىّ من اختيار المكلّف «۸» أو لا باختياره، و لا فى اختياره بين أن يكون جائزا شرعا أو محرّما، فإذا صار المكلّف باختياره سببا لمرض أو عدوّ يتضرّر به سقط وجوب الصوم و الحجّ، لكونه حكما ضرريّا. و كذا إذا أجنب نفسه مع العلم بتضرّره بالغسل، أو قصّر «۹» فى الفحص عن قيمة ما باعه فصار مغبونا. نعم لو أقدم على أصل التضرّر- كالإقدام على البيع بدون ثمن المثل عالما- فمثل هذا خارج عن القاعدة، لأنّ الضرر حصل بفعل الشخص لا من حكم الشارع. فما ذكره بعض- فى وجه وجوب ردّ المغصوب إلى مالكه و إن تضرّر الغاصب بذلك- من أنّه هو الّذى أدخل الضرر على نفسه بسبب الغصب «۱۰»، لا يخلو عن نظر. و يمكن أن يوجّه ذلك بملاحظة ما ذكرنا فى الأمر السابق من أنّ مقتضى القاعدة عدم جواز الإضرار بالغير لئلّا يتضرر الشخص، و عدم وجوب التضرّر لأجل دفع الضرر عن الغير.

فكما أنّ إحداث الغصب- لئلا يتضرر بتركه- حرام، و جوازه منفىّ بقاعدة [نفى] «۱۱» الضرر، كذلك إبقاؤه حرام غير جائز، لأنّ دليل حرمة الإبقاء هو دليل حرمة الأحداث، لأن كلّا منهما غصب. فإن قلت: حرمة الإبقاء سبب لوجوب التضرّر فيجب تحمّل الضرر عن الغير، و هو منفىّ. قلت: لا ريب أنّ ملاحظة ضرر المالك و نفى الحكم بجواز «۱۲» الإضرار به- و إن استضرّ الغاصب- أولى من تجويز الشرع الإضرار بالغير و نفى وجوب تضرّر الغاصب لرفع إضراره بالغير بإمساك ما غصبه، لأنه غير مناف للامتنان، بخلاف

الأوّل، فكلّ من جواز الإضرار بالغير و وجوب تحمّل الضرر لرفع إضراره بالغير حكم ضررىّ. لكنّ ثبوت الأوّل فى الشريعة مراعاة لنفى الثانى- بأن يجوز للمضرّ الإبقاء على إضراره لأنّه يتضرّر برفعه هو بنفسه- مناف للامتنان، و بناء الشريعة على التسهيل و رفع الضرر عن العباد. هذا كله، مع إمكان أن يقال: إنّه إذا تعارض الحكمان الضرريّان، و فرض عدم الأولويّة لإثبات أحدهما و نفى الآخر، كان المرجع أدلّة حرمة الإضرار بالغير، لأنّ حرمته كحرمة الإضرار بالنفس ثابتة بأدلّة أخر غير قاعدة نفى الحكم الضررىّ، و إن كانت هى من أدلّتها أيضا. فإذا تعارض فردان من القاعدة يرجع إلى عمومات حرمة الإضرار بالغير و النفس.

هذا كله مضافا إلى الرواية المشهورة: «ليس لعرق ظالم حقّ» «۱۳». فإنّ هذه الفقرة كناية عن كلّ موضوع بغير حقّ. فكلّ موضوع بغير حقّ لا احترام له، فإذا كان المغصوب لوحا فى سفينة كان ما ألصق باللّوح و ما ركّب عليه من الأخشاب موضوعا بغير حقّ، فلا احترام له، و كذا ما بنى على الخشبة المغصوبة. نعم هذه الرواية لا تفى بجميع المراد لو فرضنا أنّ الردّ يتوقف على تضرّر الغاصب بغير ما وضع على المغصوب أو معه من الأمور الخارجة.

[التنبيه] السادس

لو دار الأمر بين حكمين ضرريين بحيث يكون الحكم بعدم أحدهما مستلزما للحكم بثبوت الآخر، فإن كان ذلك بالنسبة إلى شخص واحد فلا إشكال فى تقديم الحكم الّذى يستلزم ضررا أقلّ ممّا يستلزمه الحكم الآخر، لأنّ هذا هو مقتضى نفى الحكم الضررىّ عن العباد، فإنّ من لا يرضى بتضرّر عبده لا يختار له إلّا أقلّ الضررين عند عدم المناص عنهما. و إن كان بالنسبة إلى شخصين فيمكن أن يقال أيضا بترجيح الأقلّ ضررا، إذ مقتضى نفى الضرر عن العباد فى مقام الامتنان عدم الرضا بحكم يكون ضرره أكثر من ضرر الحكم الآخر، لأنّ العباد كلّهم متساوون فى نظر الشارع، بل بمنزلة عبد واحد. فإلقاء الشارع أحد الشخصين فى الضرر- بتشريع الحكم الضررىّ، فيما نحن فيه- نظير لزوم الإضرار بأحد الشخصين لمصلحته، فكما يؤخذ فيه بالأقلّ كذلك فى ما نحن فيه. و مع التساوى فالرجوع إلى العمومات الأخر، و مع عدمها فالقرعة. لكن مقتضى هذا، ملاحظة الضررين الشخصيين المختلفين باختلاف الخصوصيّات الموجودة فى كل منهما من حيث المقدار و من حيث الشخص، فقد يدور الأمر بين ضرر درهم و ضرر دينار مع كون ضرر الدرهم أعظم بالنسبة إلى صاحبه من ضرر الدينار بالنسبة إلى صاحبه، و قد يعكس حال الشخصين فى وقت آخر. و ما عثرنا عليه فى كلمات الفقهاء فى هذا المقام لا يخلو عن اضطراب. قال فى التذكرة: لو غصب دينارا فوقع فى محبرة الغير- بفعل الغاصب أو بغير فعله- كسرت لردّه، و على الغاصب ضمان المحبرة، لأنه

المكاسب، ج۴، ص ۳۷۵

السبب فى كسرها. و إن كان كسرها أكثر ضررا من تبقيته الواقع [فيها]، ضمنه الغاصب و لم تكسر. «۱» (انتهى). و ظاهره أنّه يكسر المحبرة مع تساوى الضررين، إلّا أن يحمل على الغالب من كثرة ضرر الدينار لو ضمنه. و فى الدروس: لو أدخل دينارا فى محبرته و كانت قيمتها أكثر و لم يمكن كسره، لم يكسر المحبرة و ضمن صاحبها الدينار مع عدم تفريط مالكه (انتهى). «۲»

و لا بدّ أن يقيّد إدخال الدينار بكونه بإذن المالك على وجه يكون مضمونا، إذ لو كان بغير إذنه تعيّن كسر المحبرة و ان زادت قيمتها. و ان كان بإذنه على وجه «۳» لا يضمن لم يتّجه تضمين صاحبها الدينار.

[التنبيه] السابع

إنّ تصرّف المالك فى ملكه إذا استلزم تضرر جاره، يجوز أم لا؟ الظاهر «۴» أنّ المشهور على الجواز. قال فى المبسوط فى باب إحياء الموات: إن حفر رجل بئرا فى داره، و أراد جاره أن يحفر بالوعة أو بئر كنيف بقرب هذه البئر لم يمنع منه و إن أدّى ذلك إلى تغيير

ماء البئر، أو كان صاحب البئر يستقذر ماء بئره لقربه الكنيف و البالوعة، لأنّ له أن يتصرّف فى ملكه بلا خلاف «۵». و قال فى السرائر فى باب حريم الحقوق: و إن أراد الإنسان أن يحفر فى ملكه أو داره بئرا، و أراد جاره أن يحفر لنفسه بئرا بقرب تلك البئر لم يمنع من ذلك بلا خلاف و إن نقص ماء البئر الأولى، لأنّ «الناس مسلّطون على أموالهم» «۶». و قال «۷» فى مسألة «أن لا حريم فى الأملاك»: إنّ كلّ واحد يتصرّف فى ملكه على العادة كيف شاء، و لا ضمان إن أفضى إلى تلف، إلّا أن يتعدّى. و قد اختلف كلام الشافعى فى أنّه لو أعدّ داره المحفوفة بالمساكن خانا أو إصطبلا أو طاحونة، أو حانوتا فى صفّ العطّارين، حانوت حدّاد أو قصّار- على خلاف العادة- على قولين: أحدهما: أنّه يمنع. و به قال أحمد، لما فيه من الضرر. و أظهرهما عنده: الجواز. و هو المعتمد، لأنّه مالك للتصرّف فى ملكه. و فى منعه من تعميم التصرّفات إضرار به. هذا إذا احتاط و أحكم الجدران بحيث يليق بما يقصده، فإن فعل ما يغلب على الظنّ أنّه يؤدّى إلى خلل فى حيطان الجار فأظهر الوجهين عند الشافعيّة ذلك، و ذلك كأن يدقّ فى داره الشيء دقّا عنيفا يزعج به حيطان الجار، أو حبس الماء فى ملكه بحيث ينشر النداوة إلى حيطان الجار. فإن قلنا لا يمنع فى الصورة الأولى «۸» فهنا أولى.. إلى أن قال: و الأقوى أنّ لأرباب الأملاك أن يتصرّفوا فى أملاكهم كيف شاءوا، فلو حفر فى ملكه بالوعة و فسد بها ماء بئر الجار لم يمنع منه، و لا ضمان بسببه. و لكن يكون قد فعل مكروها «۹» (انتهى). و قريب من ذلك ما فى القواعد «۱۰» و التحرير «۱۱». و قال فى الدروس فى إحياء الموات: و لا حريم فى الأملاك، لتعارضها. فلكلّ أحد أن يتصرّف فى ملكه بما جرت العادة به و إن تضرّر صاحبه و لا ضمان «۱۲» (انتهى). و فى جامع المقاصد فى شرح مسألة تأجيج النّار و إرسال الماء فى ملكه: إنّه لمّا كان الناس مسلّطين على أموالهم كان للمالك الانتفاع بملكه كيف شاء، فإن دعت الحاجة إلى إضرام نار فى ملكه أو إرسال ماء، جاز فعله و إن غلب على ظنّه التعدّى إلى الإضرار بالغير «۱۳». (انتهى موضع الحاجة). أقول: تصرّف المالك فى ملكه إمّا أن يكون لدفع ضرر يتوجّه إليه، و إمّا أن يكون لجلب منفعة، و إمّا أن يكون لغوا غير معتدّ به عند العقلاء. فإن كان لدفع الضرر فلا إشكال، بل لا خلاف فى جوازه، لأنّ إلزامه بتحمّل الضرر، و حبسه عن ملكه لئلّا يتضرّر الغير، حكم ضررىّ منفىّ. مضافا إلى عموم: «الناس مسلّطون [على أموالهم] «۱۴»». و الظاهر عدم الضمان أيضا عندهم، كما صرّح به جماعة، منهم الشهيد «۱۵» رحمه اللّه. لكنّه صرّح بالضمان فى تأجيج النار على قدر الحاجة مع ظنّ التعدّى. و هو مناف لتصريحه المتقدّم «۱۶». فإن قلت: إذا فرض أنّه يتضرّر بالترك، فالضرر ابتداء يتوجّه إليه و يريد دفعه بالتصرف. و حيث فرض أنّه إضرار بالغير رجع إلى دفع «۱۷» الضرر الموجّه على الشخص عن نفسه بإضرار الغير. و قد تقدّم عدم جوازه، و لذا لو فرضنا كون التصرّف المذكور لغوا كان محرّما لأجل الإضرار بالغير.

قلت: ما تقدّم من عدم جواز إضرار الغير لدفع الضرر عن النفس إنّما هو فى تضرّر الغير الحاصل لغير المتصرّف فى مال نفسه، و أمّا إذا كان دفع الضرر عن نفسه بالتصرّف فى ماله المستلزم لتضرّر الغير «۱۸» فلا نسلّم منعه، لأنّ دليل المنع هو دليل نفى الضرر، و من المعلوم أنّه قاض فى المقام بالجواز، لأنّ منع الإنسان عن التصرّف فى ماله لدفع الضّرر المتوجّه إليه بالترك ضرر عظيم، بل سيجيء أنّ منعه عن التصرّف لجلب النفع أيضا ضرر و حرج منفىّ، كما تقدّم فى كلام العلّامة «۱۹» رحمه اللّه. ثمّ إنّه يظهر من بعض من عاصرناه «۲۰» وجوب ملاحظة ضرر «۲۱» المالك و ضرر الغير، و هو ضعيف مخالف لكلمات الأصحاب. نعم لو كان تضرّر الغير من حيث النفس أو ما يقرب منه ممّا يجب على كلّ أحد دفعه و لو بضرر لا يكون حرج فى تحمّله، فهذا خارج عن محلّ الكلام، لأنّ ما يجب تحمل الضرر لدفعه لا يجوز إحداثه لدفع الضرر عن النفس. و إن كان لغوا محضا، فالظاهر أنّه لا يجوز مع ظنّ تضرّر الغير، لأنّ تجويز ذلك حكم ضررىّ، و لا ضرر على المالك فى منعه عن هذا التصرّف، و عموم «الناس مسلّطون على أموالهم» محكوم عليه بقاعدة «نفى الضرر». و هو الذى يظهر من جماعة كالعلّامة فى التذكرة «۲۲» و الشهيد فى الدروس «۲۳»، حيث قيّدا «۲۴» التصرّف فى كلامهما بما جرت به العادة، و المحقق الثانى «۲۵» حيث قيّد الجواز مع ظنّ تضرّر الغير بصورة دعاء الحاجة، بل العلّامة فى التذكرة حيث استدلّ على الجواز- فى كلامه المتقدّم- بأنّ منعه عن عموم التصرّف ضرر منفىّ، إذ لا شكّ أنّ منعه عن هذا التصرّف ليس ضررا «۲۶» و قد قطع الأصحاب بضمان من أجّج نارا زائدا على مقدار الحاجة مع ظنّ التعدّى «۲۷». اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ الضمان لا

یدل علی تحریم الفعل. فربّما کان مبنی الضمان علی التعدّی العرفیّ و إن لم یکن محرّما، کما یظهر من کثیر من کلماتهم. و أمّا ما کان لجلب المنفعهٔ، فظاهر المشهور- کما عرفت من کلمات الجماعهٔ- الجواز. و یدلّ علیه أنّ حبس المالک عن الانتفاع بملکه و جعل الجواز تابعا لتضرر الجار حرج عظیم لا یخفی علی من تصوّر ذلک. و لا یعارضه تضرّر الجار، لما تقدّم من أنّه لا یجب تحمّل الحرج و الضرر لدفع الضرر عن الغیر، کما یدل علیه تجویز الإضرار مع الإکراه. و أمّا الاستدلال بعموم «الناس مسلّطون علی أموالهم» بزعم أنّ النسبهٔ بینه و بین نفی الإضرار عموم من وجه، و الترجیح مع الأوّل بالشهرهٔ مع أنّ المرجع بعد التکافؤ أصالهٔ الإباحهٔ، فقد عرفت ضعفه، من حیث حکومهٔ أدلّهٔ نفی الضرر علی عموم «الناس مسلّطون علی أموالهم».

و الحمد لله أوّلا و آخرا و ظاهرا و باطنا و صلّی اللّه علی النبیّ محمّد و آله أجمعین. و جاء فی آخر النسخهٔ المخطوطهٔ ما یلی: هذا آخر کلام المصنف دام ظله العالی و قد فرغ من تحریره تراب الأقدام محمّد بن محمد تقی الدرزابی فی یوم النوروز الواقع فی أوائل العشر الثانی من شهر شوال المکرم من سنهٔ ۱۲۸۰.

المکاسب، ج۴، ص ۳۷۶

@@@@@

۷- رسالهٔ فی الرضاع

[الخطبهٔ]

بسم الله الرحمن الرحیم الحمد لله رب العالمین و الصلاهٔ و السلام علی محمد و آله الطاهرین و لعنهٔ الله علی أعدائهم أجمعین إلی یوم الدین. أجمع علماء الإسلام ظاهرا علی أن من جملهٔ أسباب تحریم النکاح الرضاع فی الجملهٔ و الأصل فی هذا الحکم قبل الإجماع قوله ص فیما رواه الفریقان: یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب و روی عن الصادق ع أیضا بعده طرق صحیحهٔ و رواه عبد الله بن سنان و أبو الصباح الکنانی و عبید بن زرارهٔ عن مولانا الصادق ع مع تخالف یسیر فی المتن و معنی هذه العبارهٔ أنه یحرم من جههٔ الرضاع نظیر من یحرم من جههٔ النسب لا أن نفس من یحرم من جههٔ النسب یحرم من جههٔ الرضاع کما یتراءی من ظاهر العبارهٔ و إنما عبر بهذا للتشبیهٔ علی اعتبار اتحاد العنوان الحاصل بالرضاع. و الحاصل بالنسب فی التحریم صنفا مثلا الأم محرمهٔ من جههٔ النسب فإذا حصل بالرضاع نفس هذا العنوان حصل التحریم من جههٔ الرضاع و لو حصل بالرضاع ما یلازمه مثل أمومهٔ أخیه لأبویه لم یحرم و کذا الأخت و البنت و غیرهما ممن یحرم نکاحه بواسطهٔ النسب الحاصل بین شخصین أو بین أحدهما و زوج الآخر أو من فی حکمه فإن أم الزوجهٔ محرمهٔ علی الزوج من جههٔ نسب بینهما و بین الزوجهٔ یحدث باعتباره المصاهرهٔ بعد التزویج و کذلک الأم الرضاعیهٔ للزوجهٔ فحاصل معنی هذا الحدیث التسویهٔ بین النسب و الرضاع فی إیجاب التحریم و أن العلاقهٔ الرضاعیهٔ تقوم مقام العلاقهٔ النسبیهٔ و تنزل مکانها فلا یتوهم أن تحریم أم الزوجهٔ من جههٔ المصاهرهٔ فینبغی أن لا تحرم من جههٔ الرضاع. توضیح الدفع أن معنی هذه القضیهٔ السلبیهٔ و هی أن المحرم من جههٔ المصاهرهٔ لا تحرم من جههٔ الرضاع علی قیاس تلک القضیهٔ الموجبهٔ هو أن الرضاع لا یقوم مقام المصاهرهٔ و لا ینزل منزلتها فإذا أرضعت ولدک امرأهٔ فلا تحرم علیک أمها من حیث إنها جدهٔ ولدک لأمه الرضاعیهٔ من جههٔ أن جده الولد لأمه إنما تحرم علی الأب لأجل نسب بینهما و بین زوجته و لا شک أن الزوجیهٔ هنا منتفیهٔ و مجرد إرضاع ولد الرجل لا یصیر المرضعهٔ فی حکم الزوجهٔ لما عرفت من أن الرضاع لا یقوم مقام المصاهرهٔ و أما أم الزوجهٔ المرضعهٔ لها فی المثال الذی قدمناه فإنما قامت مقام أمها الوالدهٔ لها فقد قام الرضاع مقام النسب لا مقام المصاهرهٔ لأن زوجیهٔ الزوجهٔ ثابتهٔ بنفسها لم یبدل بالرضاع و إنما المبدل به النسب الحاصل بین الأم و الزوجهٔ. و ملخص الکلام أنه لما کانت المصاهرهٔ عبارهٔ عن علاقهٔ تحدث بین کل من الزوجین و أقارب الآخر توقفت وجودها علی أمرین ثبوت الزوجیهٔ بین الرجل و المرأهٔ و ثبوت القرابهٔ بین شخص و بین أحدهما فکما یمکن

استناد التحریم إلی المصاهرهٔ الحاصلهٔ بین المحرم و المحرم علیه من مجموع ذینک الأمرین و کذلک یمکن استناده إلی الأمر الأول من الأمرین بأن یقال إنه یحرم أم الزوجهٔ علی الزوج من جهۀ زوجیهٔ بنتهما و له کذلک یمکن استناده إلی الأمر الثانی فیقال إنه تحرم أم الزوجهٔ علی الزوج لأجل نسب بینها و بین زوجته و لا یوجب ذلک عدها فی المحرمات النسبیهٔ من جهۀ قصرها علی ما استند فیه التحریم إلی النسب الحاصل بین المحرم و المحرم علیه قبالا للمصاهرهٔ الحاصلهٔ بینهما إذا عرفت ذلک فدخول الرضاع فی المصاهرهٔ إما بقیامه مقام الأمر الأول من الأمرین المذکورین مع بقاء الأمر الثانی بحاله کالأم النسبیهٔ للأم الرضاعیهٔ للولد النازلهٔ منزلهٔ الزوجهٔ و إما بقیامه مقام الثانی منهما کالأم الرضاعیهٔ للزوجیهٔ الحقیقیهٔ. ففی الأول لا مجال لتوهم نشر التحریم بالرضاع إلا إذا دل دلیل خاص علیه لأن حاصل أدلهٔ النشر بالرضاع إلحاقه بالنسب و جعل کل عنوان حاصل بالرضاع فی حکم ذلک العنوان الحاصل بالنسب و معلوم أنه لم ینتف هنا إلا الزوجیهٔ و لم یدل دلیل النشر علی تنزیل مرضعهٔ الولد مقام الزوجهٔ. و فی الثانی لا ینبغی التأمل فی التحریم لأنه إذا ألحق العنوان الرضاعی بالعنوان النسبی فی التحریم و أقیم الرضاع مقام النسب فی إناطهٔ التحریم به فلا شک فی أنه یکون الأم الرضاعیهٔ للزوجهٔ بمنزلهٔ الأم النسبیهٔ لها و لعل منشأ توهم عدم استفادهٔ تحریم مثل هذا من الحدیث المذکور توهم کون المراد بلفظ النسب فیه النسب الحاصل بین المحرم و المحرم علیه علی حد قولهم سبب التحریم إما نسب أو رضاع أو مصاهرهٔ و هذا خبط فاسد فإنه تقیید للمطلق من غیر دلیل بل المراد منه هو مطلق النسب الموجب للتحریم سواء کان بین نفس المحرم
و المحرم علیه أم بین أحدهما و زوج الآخر أو غیره مثل المزنی بها و الغلام و الموطوء و الملموسهٔ و من هنا یصح التمسک بهذا الحدیث فی تحریم مرضعهٔ الغلام الموقب و أخته و بنته الرضاعیتین علی الموقب و إلا فأی نسب بینهما و بین الموقب و أما دعوی أن التحریم فی غیر المحرمات النسبیهٔ السبع لیس من جهۀ النسب بل هو مستند إلی المصاهرهٔ فقد عرفت الحال فیها و أنه یجوز استناد التحریم فیه إلی نفس المصاهرهٔ و إلی کل واحد من الأمرین اللذین یتوقف وجودها علیها.

ثم اعلم أن انتشار الحرمهٔ بالرضاع یتوقف علی شروط

الشرط الأول أن یکون اللبن عن وطء صحیح

فلو در لا عن وطء أو عن وطء بالزنی لم ینشر علی المعروف بین الأصحاب و حکی علیه الإجماع فی المدارک عن جماعهٔ منهم جده فی المسالک للأصل فإن إطلاقات التحریم بالرضاع منصرفهٔ إلی غیر ذلک و صحیحهٔ عبد الله بن سنان قال: سألت أبا عبد الله ع عن لبن الفحل قال هو ما أرضعت امرأتک من لبنک و لبن ولدک ولد امرأهٔ أخری لا من حرام و مثلها حسنهٔ ابن هشام ما أرضعت امرأتک من لبن ولدک ولد امرأهٔ أخری. و یستفاد من اشتراط کون اللبن عن الوطی أنه لا حکم للبن الرجل و فی حکمه لبن الخنثی المشکل أمره بناء علی أنه لو علم کون لبنه من الوطی فلا إشکال فی کونها امرأهٔ إلا علی ما ورد فی بعض الأخبار من أن خنثی ولدت فی أیام أمیر المؤمنین فألحقه بالرجال بعد عد أضلاعه و عد فی التحریر هذا الخبر من الشواذ و لا حکم أیضا للبن المرأهٔ الموطوءهٔ الغیر
المکاسب، ج۴، ص ۳۷۷
الحاصل من الوطی فإن اللبن إنما یحصل عن الوطی بعد العلوق و الحمل و تخلق الولد. و قد استفید جمیع ذلک من الصحیحهٔ المتقدمهٔ و هل یعتبر انفصال الولد أو یکفی الحمل وجهان بل قولان اختار العلامهٔ أولهما فی التحریر و ثانیهما فی القواعد و هو الأظهر للإطلاقات. و قول الصادق ع فی صحیحهٔ یزید العجلی: کل امرأهٔ أرضعت من لبن فحلها ولد امرأهٔ أخری من غلام أو جاریهٔ فذلک الرضاع الذی قال رسول الله ص إلی غیر ذلک مما دل من الصحاح و غیرها علی إناطهٔ التحریم بکون اللبن من الفحل کصحیحهٔ الحلبی و موثقهٔ جمیل بن دراج بأحمد بن فضال و روایهٔ أبی بصیر و لا ینافیها قوله فی صحیحهٔ ابن سنان و حسنهٔ

المتقدمتین من لبن ولدک إذ یصدق علی ذلک اللبن أیضا أنه ابن الولد کما یشهد به العرف و دعوی عدم صدق الولد مضافا إلی الأب علی الحمل محل نظر مع أنها غیر قادحة فیما نحن فیه لأن وجود الولد بالفعل لا یعتبر فی إضافة اللبن إلیه نعم فی روایتی یونس بن یعقوب و یعقوب بن شعیب أن در اللبن من غیر ولادة لا یوجب النشر لکنهما مع عدم صحتهما قابلتان للحمل علی در اللبن من غیر ولادة رأسا حتی فی المستقبل بأن یکون الدر لا عن حمل کما قد یتفق فلا ینهضان لتقیید إطلاقات الکتاب و السنة إلا أن یمنع عمومها لدعوی انصرافها بحکم الغلبة إلی الإرضاع بعد الوضع فیرجع فی غیره إلی أصالة الإباحة فتأمل. ثم إن الوطی الصحیح المعتبر کون اللبن عنه یشمل الوطی بالنکاح الدائم و المنقطع و ملک الیمین و التحلیل و أما الوطی بالشبهة فالمشهور إلحاقه فی النشر بالنکاح و أخویه کما فی غالب الأحکام و تردد فیه المحقق فی الشرائع و عن الحلی الجزم بعدم النشر أولا ثم النشر ثانیا ثم النظر و التردد ثالثا و المسألة محل إشکال من إطلاق الکتاب و السنة فإن الفحل فی صحیحة یزید المتقدمة و غیرها أعم من الزوج و یؤیده کون وطء الشبهة بمنزلة النکاح من لحوق النسب و من الأصل و من انصراف الإطلاقات إلی غیر هذا الفرد. و قوله فی صحیحة ابن سنان و حسنة السابقتین ما أرضعت امرأتک و لو بنی علی دعوی ورود التقیید بالمرأة مورد الغالب جری مثله فی غیره من القیود فینسد باب الاستدلال علی اعتبار کثیر من الشروط و تردد فی المدارک و هو فی محله إلا أن القول بالنشر لا یخلو عن قوة لأن دلالة المطلقات علی الإطلاق أقوی من دلالة المقید علی الاختصاص مع أن تخصیص اللبن بالمرأة کما فرض استفادته من صحیحة ابن سنان و حسنته و نحوهما مخالف للإجماع للاتفاق علی النشر بالارتضاع من المملوکة و المحللة فلا بد من حمل التقیید فیها علی التمثیل بالفرد الغالب و إن احتیج فی إخراج اللبن الحاصل من الزنی عن إطلاقهما لو سلم شمول الولد فیهما لولد الزنی إلی دعوی الإجماع علی خروجه و یکشف عما ذکرنا عدم تصریح أحد من فقهائنا بعدم النشر فی المسألة و لحوق وطء الشبهة بالنکاح فی غالب الأحکام.

الثانی من الشروط کون شرب اللبن علی وجه الامتصاص من الثدی

فلا ینشر الحرمة بوجور اللبن فی حلق الرضیع علی المعروف بین معظم الأصحاب لأن الارتضاع المنوط به النشر فی الأدلة لا یتحقق عرفا إلا بالامتصاص فلا یقال لمن شرب اللبن المحلوب من البهائم إنه ارتضع منها بخلاف ما لو امتص من ثدیها و لو فرض تسلیم شمول الارتضاع لغیر الامتصاص فلا مجال لإنکار انصرافه إلیه فیکون ما عداه باقیا تحت أصالة الإباحة خلافا للمحکی عن ابن الجنید فاکتفی بالوجور إما لدعوی صدق الإرضاع و إما لحصول ما هو المقصود منه من إنبات اللحم و شد العظم و إما للمرسل المروی فی الفقیه عن أبی عبد الله ع: قال و جور الصبی بمنزلة الرضاع و فی الکل نظر لخلو الدعوی المذکورة عن البینة کدعوی کون المناط فی النشر مجرد إنبات اللحم و شد العظم و ضعف المرسلة و معارضتها بروایة زرارة عن الصادق ع: لا یحرم من الرضاع إلا ما ارتضعا من ثدی واحد حولین کاملین بناء علی جعل الحولین ظرفا لأصل الرضاع لا لقدره حتی یخالف الإجماع فالأقوی إذا القول المشهور إلا أن الأولی مراعاة الاحتیاط.

الثالث حیاة المرتضع منها

فلا اعتداد بما یرتضعه من المرأة بعد موتها علی المشهور بل لم أعثر فیه علی حکایة خلاف صریح قیل لقوله تعالی وَ أُمَّهاتُکُمُ اللَّاتِی أَرْضَعْنَکُمْ الظاهرة فی مباشرة المرأة للإرضاع المنفیة فی حق المیتة فیدخل فی عموم وَ أُحِلَّ لَکُمْ ما وَراءَ ذلِکُمْ و لأصالة الإباحة إلی أن یثبت المزیل و قیل لأنها خرجت بالموت عن التحاق الأحکام فهی کالبهیمة المرضعة و بأن المتبادر من إطلاق الرضاع فی الأدلة ما إذا حصل بالارتضاع من الحی فیبقی غیره داخلا فی عموم أدلة الإباحة و فی الجمیع نظر. أما ظهور الآیة فی مباشرة الإرضاع فلا یجدی للقطع بخروج المیتة عن حکم الآیة و لا یلزم منه دخولها فی قوله وَ أُحِلَّ لَکُمْ ما وَراءَ ذلِکُمْ لعدم قابلیة المیت للحکم علیه

بـالتحریم و لاـ التحلیـل فـإن الکلاـم فی الارتضاع من المیتـة إنما هو فی حـدوث الحرمـة بین الرضـیع و غیر المیتـة ممن یتعلق به اللبن فیکفی لمـدعی النشـر عموم قوله تعـالی وَ أَخَواتُکُمْ مِنَ الرَّضاعَـةِ و قوله ص: یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب و لا ظهور لهما فی مباشرة المرأة للإرضاع مع أن مباشرة المرأة للإرضاع و قصدها إلیه غیر شرط إجماعا کما ادعاه فی المسالک بل لو سعی إلیها الولد و هی نائمـة أو التقم ثـدیها و هی غافلة تحقق الحکم. و ما قیل من أن الآیة دالة بظاهرها علی اعتبار الحیاة و المباشـرة و القصد و لا یلزم من عـدم اعتبـار الأخیرین لصارف عـدم اعتبار الأول فاسـد لأن دلالـة لفظ الرضاع علی الجمیع دلالـة واحـدة فلا یمکن التفکیک فی مدلولها و لهذا لم یتمسک بالأخبار الدالة علی الإرضاع مع سـلامتها عن بعض ما یرد علی الآیة و أما التمسک بالأصل فهو صـحیح لو لا الإطلاقات و أما خروج المیتة عن قابلیة الحکم علیها فهو أمر مسلم لا کلام فیه. و إنما الکلام فی نشر الحرمة بین الرضیع و أصوله و فروعه و بین غیر هـذه المرأة من الفحـل و أولاده و أولاد المرضـعة و غیرهم و أما دعوی تبادر غیر الارتضاع من المیتـة من الإطلاقات فهی علی إطلاقها ممنوعة فإنا لا نجد فی السـبق إلی الذهن تفاوتا بین من ارتضع منه جمیع الرضـعات حال الحیاة و بین من ارتضع منه حال الحیاة خمس عشرة رضعة إلا جزء واحد فأکملها بعد الموت.

نعم الإنصاف انصراف الإطلاقات إلی غیر صورة ارتضاع جمیع الرضعات حال الموت فالأحسن فی الاستدلال علی اعتبار الحیاة هو أن بعض فروض الارتضاع من المیتـة خارج عن إطلاق مثل قوله وَ أَخَواتُکُمْ مِنَ الرَّضاعَـةِ لانصـراف المطلق إلی غیره کما عرفت فیدخل تحت قوله وَ أُحِلَّ لَکُمْ ما وَراءَ ذلِکُمْ فیثبت عدم النشر فی هذا

المکاسب، ج۴، ص ۳۷۸

الفرد بالآیـة. و یجب إلحاق غیره من الفروض الداخلـة تحت إطلاق آیـة التحریم بها لعـدم القول بالفصل و قلب هذا الدلیل بأن یثبت التحریم فی الفروض الداخلـة تحت إطلاـق آیـة التحریم بهـا و یلحق الفرض الخـارج منه بعـدم القول بالفصل و إن کان ممکنا إلا أن غایة الأمر وقوع التعارض حینئذ بواسـطة عدم القول بالفصل بین آیتی التحریم و التحلیل فیجب الرجوع إلی أدلة الإباحة من العمومات و الأصول المعتضدة بفتوی معظم الفحول.

الرابع أن یقع مجموع الرضاع المعتبر من الرضیع فی حولی رضاعه

فلا اعتـداد بما یرتضع بعد الحولین علی المعروف من مذهب الأصـحاب و نقل عن التذکرة دعوی إجماعهم علیه و فی المسالک نفی الخلاـف عنه و یـدل علیه حسـنة الحلبی بـابن هاشم عن أبی عبـد الله ع قال: لا رضاع بعـد فطام و نحوها روایـة حماد بن عثمان عنه ع بزیادة قوله: قلت جعلت فـداک و ما الفطام قال الحولین الـذین قال الله عز و جل و نحوها روایـة الفضـیل بن عبـد الملک: الرضاع قبل الحولین قبل أن یفطم و روایـة منصور بن حازم ثم إن المراد بالفطام فی الأخبار المطلقـة هو زمان الفطام أعنی الحولین کما دلت علیه روایة الفضـیل و حماد فلا عبرة بنفس الفطام حتی أنه لو لم یفطم الرضـیع إلی أن تجاوز الحولین ثم ارتضع بعدها قبل الفطام لم یثبت التحریم کما أنه لو فطم قبل الحولین ثم ارتضع قبلهما ثبت التحریم و حکی عن ابن جنیـد المخالفـة فی الحکم الأول و ثبوت التحریم إذا وقع الرضاع بعـد الحولین قبل الفطم و لعله لروایة داود بن الحصـین المرویة فی الفقیه و التهذیـب المردودة فیه بالمخالفة للأحادیث کلها. و فی کلام محکی عن الشـهید أن هـذه الفتوی مسـبوقة بالإجماع و ملحوقة به و أما الحکم الثانی فلم یحک فیه الخلاف إلا عن موهم ظاهر کلام العمانی حیث قال الرضاع الذی یحرم عشـر رضـعات قبل الفطام و عن المختلف الاستدلال له بروایة الفضیل بن عبد الملک المتقدمة الرضاع قبل الحولین قبل أن یفطم و الجواب عنه بأن المراد قبل أن یستحق الفطم و هو حسن و جار فی عبارة العمانی أیضا فیرتفع الخلاف ثم إنه هل یعتبر فی ولـد المرضـعة الذی یحصل اللبن من ولادته کونه فی الحولین عند ارتضاع المرتضع من لبنه بحیث لاـ یقع شـیء من الارتضاع بعـد تجاوزه إیاهما أم لا فیه قولان المحکی عن أبی الصـلاح و ابن زهرة و ابن حمزة الأول تمسـکا بظـاهر الخبر لإرضـاع بعـد فطام الشامل لفطام المرتضع و ولـد المرضـعة بل لم یفهم منه ابن بکیر إلا فطام ولـد المرضـعة لما سأله ابن

فضال عن امرأة رضعت غلاما سنتين ثم أرضعت صبية لها أقل من سنتين حتى تمت لها سنتان أ يفسد ذلك بينهما قال لا لأنه رضاع بعد فطام و إنما قال رسول الله ص: لإرضاع بعد فطام أى أنه إذا تم للغلام سنتان أو الجارية فقد خرج عن حد اللبن و لا يفسد بينه و بين من شرب منه و الأكثر على الثانى و هو الأظهر للأصل و الإطلاقات لظهور الخبر المذكور فى فطام المرتضع أو عدم ظهوره فى العموم الموجب للشك فى تقييد المطلقات. و تفسير ابن بكير للخبر معارض بما فسره ثقة الإسلام و الصدوق فى الكافى و الفقيه قال فى الكافى معنى قوله لإرضاع بعد فطام أن الولد إذا شرب لبن المرأة بعد ما يفطم لا يحرم ذلك الرضاع التناكح و قريب منه ما قاله فى الفقيه ثم اعلم أن شيخنا فى المسالك ناقش المحقق فى نسبة حديث لا رضاع بعد فطام إليه ص و قال إنه لم يرد إلا عن الصادق ع و لا يخفى أن إسناد الحديث إلى رسول الله ص مشهور و قد عرفت أن ابن بكير نسبه إليه ص و كذا رواه فى الفقيه مرسلا عنه ص و أصدق من ذلك ما رواه فى الكافى عن منصور بن حازم عن أبى عبد الله ع قال قال رسول الله ص: لإرضاع بعد فطام و لا وصال فى صيام و لا يتم بعد احتلام إلى آخر الحديث و مع ذلك فلا وجه للمناقشة المذكورة إلا أن يرجع إلى المناقشة فى الإسناد إلى عدم ثبوت النسبة بطريق صحيح يجوز الإسناد على وجه الجرم ثم إن المعتبر فى الحولين الأهلة و لو انكسر الشهر الأول اعتبر ثلاثة و عشرون شهرا بعد المنكسر بالأهلة و إكمال المنكسر بالعدد من الشهر الخامس و العشرين كغيره من الآجال على أظهر الاحتمالات فى نظائر المسألة و الله العالم.

الخامس أن يكون اللبن بحاله غير ممزوج بشيء

فلو ألقى فى فم الصبى شيء جامد كالدقيق و فتيت السكر أو مائع كيسير من الأطعمة المائعة ثم ارتضع بحيث امتزج اللبن حتى يخرج عن كونه لبنا لم يعتد به و كذا لو جبن اللبن و الوجه فى ذلك عدم صدق الإطلاقات مع الخروج عن اسم اللبن أو عدم انصرافها إلا الخالص.

السادس الكمية

اشارة

أى بلوغ الرضا حدا خاصا فإنه لا خلاف بين علمائنا ظاهرا فى أن مسمى الرضاع و مطلقة غير كاف فى النشر و الأخبار بذلك متواترة معنى يأتى الإشارة إلى أكثرها فى بيان التقديرات. نعم قد يوهم الأخبار حصول الحرمة بالمسمى كما سيأتى ذكره فى أدلة مذهب الإسكافى المكتفى بالرضعة التامة و خالف فى المسألة بعض العامة فاكتفى بالمسمى و قدره بما يفطر الصائم و لم يقنع بذلك حتى ادعى إجماع أهل العلم عليه على ما حكى فى المسالك

ثم إن أصحابنا قدروا المقدار الخاص الذى اعتبروه بثلاثة تقديرات

أحدها بالأثر

و هو ما أنبت اللحم و شد العظم و حصول النشر مع تحقق هذا الأثر مما لا خلاف فيه بين علماء الإسلام و يدل عليه مضافا إلى الإجماع الأخبار المستفيضة منها صحيحة على بن رئاب عن أبى عبد الله ع: قلت ما يحرم من الرضاع قال ما أنبت اللحم و شد العظم قلت يحرم عشر رضعات فقال لا لأنها لا تنبت اللحم و لا تشد العظم و منها حسنة ابن أبى عمير عن زياد القندى عن عبد الله بن سنان

عن أبی الحسن ع قال:

قلت له یحرم من الرضاع الرضعة و الرضعتان و الثلاث قال لا- یحرم من الرضاع إلا- ما اشتد علیه العظم و أنبت اللحم و منها روایة هارون بن مسلم تارة عن أبی عبد الله ع و تارة عن مسعدة بن زیاد عنه ص قال: لا یحرم من الرضاع إلا ما شد العظم و أنبت اللحم و منها روایة عبد الله بن سنان قال سمعت أبا عبد الله ع یقول: ما یحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم و شد العظم و فی غیر واحد من الروایات وقع التقدیر بإنبات اللحم و الدم مثل صحیحة عبید بن زرارة و حسنة حماد بن عیسی بابن هاشم و لا یبعد تلازم التقدیرین و مع الانفکاک فالأجود ثبوت النشر بتحقق کل منهما لاعتبار أدلة التقدیر الثانی أیضا إلا أن الأصحاب لم یتعرضوا لتحقق الحکم به نفیا و إثباتا و لعله لعدم انفکاکه عن الأول فتدبر ثم إن مقتضی النصوص المذکورة اعتبار تحقق کلا الأمرین من إنبات اللحم و اشتداد العظم و هو المعروف

المکاسب، ج۴، ص ۳۷۹

بین الأصحاب أیضا. و حکی عن بعض عبارات الشهید قدس سره الاجتزاء بأحد الأمرین و نسبه فی المسالک إلی الشذوذ و کیف کان فالتقدیر بهذا الأثر و إن کان اعتباره فی غایة القوة و المتانة بل مقتضی أدلته الحاصرة للرضاع المحرم فیه أنه أصل لأخویه الآتیین إلا أنه قلیل الفائدة لأن ظهوره للحس فی موضع الحاجة أمر لا یکاد یطلع علیه إلا بعض أهل الخبرة و قلما یتفق شهادة العدلین منهم بذلک و لعله لذا کشف عنه الشارع بأخویه و جعلهما طریقا إلیه کما یومئ إلیه صحیحة ابن رئاب المتقدمة.

و ثانیها بالزمان

و قدر بیوم و لیلة علی المعروف بین الأصحاب و مستندهم فیه موثقة زیاد بن سوقة قال: قلت لأبی جعفر ع هل للرضاع حد یؤخذ به فقال لا یحرم الرضاع أقل من رضاع یوم و لیلة أو خمس عشرة رضعة متوالیات من امرأة واحدة من لبن فحل واحد و لم یفصل بینهما رضعة امرأة غیرهما فلو أن امرأة أرضعت غلاما أو جاریة عشر رضعات من لبن فحل واحد و أرضعتهما امرأة أخری من لبن فحل آخر عشر رضعات لم یحرم نکاحها و لیس فیها سوی عمار الذی نقل الشیخ عمل الأصحاب بروایاته مع أن فی السند ابن محبوب الذی أجمع علی تصحیح ما یصح عنه مضافا إلی اعتضادها بعمل الأصحاب و موافقة الکتاب و لا ینافیها ما دل علی حصر الرضاع المحرم فیما أنبت اللحم و شد العظم لفقد العلم بعدم کونه منه ثم إن ظاهر الروایة و الفتوی اعتبار الارتضاع فی الیوم و اللیلة کلما احتاج الرضیع إلیه عادة أو طلبه و لا یعتبر فی هذا التقدیر إکمال الرضعة فی کل مرة بل لو رضعته رضعة ناقصة ثم أکملتها مرة أخری لم یقدح و لو أطعم فی الأثناء طعاما فإن کان مما یغتذی به بدلا من اللبن فالظاهر أنه قادح فی التقدیر کما أن شرب الماء للعطش غیر قادح لو وقع فی الأثناء و کذا ما یوکل أو یسقی دواء و یشکل فیما اعتاده من یسیر من طعام بحیث لا یغنیه عما اعتاد شربه من اللبن و هل یعتبر ابتداء الرضاع فی ابتداء الیوم و انتهائه فی آخر اللیلة أو العکس أو یکفی الملفق لو ابتدأ فی أثناء أحدهما وجهان أقواهما الثانی إما لصدق رضاع یوم و لیلة عرفا علی رضاع الملفق و إما لأن الرضاع فی الملفق لا یکون أقل من رضاع یوم و لیلة بل یکون مساویا له فلا یدل الروایة علی انتفاء النشر به فیبقی داخلا تحت الإطلاقات الدالة علی النشر و التعویل علی الوجه الأول. و هل المعتبر فی رضاع هذا الزمان حال متعارف أوساط الأطفال أو حال شخص ذلک الرضیع وجهان أقواهما الثانی لظاهر الروایة و تظهر الثمرة فیهما فیما إذا کان الطفل مریضا بمرض یحتاج إلی أزید مما یحتاج إلیه الصحیح کغلبة القیء علیه لعارض أو عرضه ما یحتاج معه إلی الأقل مما یحتاج إلیه الصحیح کما إذا أغمی علیه فی أغلب الیوم و اللیلة. و هل یعتبر احتمال تأثیر اللبن فی نبات لحمه و شد عظمه أم لا وجهان من إطلاق الروایة و من دلالة بعض الأخبار السابقة علی عدم النشر بما لا ینبت اللحم و لا یشد العظم و تظهر الثمرة فیما لو کان بحیث یعلم عدم تحلل اللبن فی معدته لعدم استقراره فیها لغلبة إسهال أو قیء و هنا فروع أخر طوینا عن ذکرها کشحا و أعرضنا عنها صفحا.

و ثالثها بالعدد

اشارة

و قد اختلف فيه الأصحاب بسبب اختلاف الروايات ظاهرا فالمحكى عن ابن الجنيد الاكتفاء به برضعة واحدة تملأ جوف الصبى إما بالمص أو بالوجور لإطلاق الكتاب و السنة و خصوص قول أبى الحسن ع و مكاتبة على بن مهزيار فى جواب سؤاله عما يحرم من الرضاع قليله و كثيره حرام و مضمرة ابن يعفور قال: سألته عما يحرم من الرضاع قال إذا رضع حتى يمتلئ بطنه فإن ذلك ينبت اللحم و الدم و ذاك الذى يحرم و رواية السكونى و النبوى: يحرم بالرضعة ما يحرم الحولان و العلوى: الرضعة الواحدة كالمائة رضعة لا تحل له أبدا و فى آخر: انهوا نساءكم أن يرضعن يمينا و شمالا فإنهن ينسين فإن الإرضاع يمينا و شمالا مع النسيان بعد حين إنما يناسب عدم التحديد بأكثر من رضعة و هذا القول ضعيف فى الغاية لاستفاضة الأخبار كاشتهار الفتوى بعدم النص بما دون العشر فلا مجال للتمسك بالإطلاقات و لا بالمكاتبة و المضمرة لقصورهما عن المقاومة مع موافقة ظاهرهما لفتوى بعض العامة مضافا إلى إمكان حمل المكاتبة على تحريم أصل الارتضاع. و مما ذكرنا يظهر حال التمسك بالنبوى و العلويتين و لذا أعرض سائر الأصحاب عن هذا القول و اتفقوا على عدم النشر بما دون العشر و إن اختلف فتاويهم كالروايات فحكى عن أكثر المتقدمين كالمفيد و الديلمى و القاضى و التقى و ابن حمزة التحديد بالعشر و تبعهم الفاضل فى المختلف و ولده و الشهيد فى اللمعة و ذهب الشيخ و المحقق و الفاضل فى غير المختلف إلى التحديد بالخمس عشرة رضعة و تبعهم أكثر المتأخرين و قد نسب هذا القول إلى الأكثر و المشهور بقول مطلق و كيف كان فهو الأظهر للأصل و عدم دليل على النشر بالعشر عدا الإطلاقات من الكتاب و السنة و خصوص رواية الفضيل الموصوفة بالصحة فى كلام بعض عن الباقر ع قال: لا يحرم من الرضاع إلا المجبور قلت و ما المجبور قال أم تربى أو ظئر تستأجر أو أمة تشترى ثم ترضع عشر رضعات يروى الصبى و ينام و مفهوم موثقة عمر بن يزيد قال: سألت الصادق ع عن الغلام يرضع الرضعة و الثنتين فقال لا يحرم فعددت عليه حتى أكملت عشر رضعات فقال إذا كانت متفرقة فلا و نحوها مفهوم رواية هارون بن مسلم عن أبى عبد الله ع قال: لا يحرم من الرضاع إلا ما شد العظم و أنبت اللحم و أما الرضعة و الرضعتان و الثلاث حتى بلغ عشرا إذا كن متفرقات فلا بأس و فى الجميع نظر أما فى الإطلاقات فلأنها على فرض تسليم إفادتها العموم و عدم ورودها لبيان أصل نشر الحرمة بالرضاع فى الجملة مقيدة بصحيحة على بن رئاب عن الصادق ع قال: قلت ما يحرم من الرضاع قال ما أنبت اللحم و شد العظم قلت فيحرم عشر رضعات قال لا لأنها لا تنبت اللحم و لا تشد العظم و موثقة عبيد بن زرارة بعلى بن فضال عن أبى عبد الله ع قال: سمعته يقول عشر رضعات لا يحرمن شيئا و هذه الرواية لا تقصر عن الصحيح إذ ليس فيها إلا على بن فضال و الظاهر أن الشيخ أخذ الرواية من كتابه حيث ابتدأ به فى السند و كتب بنى فضال مما أمر العسكرى ع بالأخذ بها فى رواية قريبة من الصحة مع ما ذكر فى ترجمة على بن فضال من مراتب وثاقته و احتياطه فى الرواية و موثقة أخرى رواها الشيخ عن على بن فضال عن أخويه عن أبيهما عن عبد الله بن بكير عن أبى عبد الله ع قال سمعته يقول: عشر رضعات لا تحرم و هذه قريبة من سابقتها فى اعتبار السند و إن كان جميع رجالها فطحيين و تخصيص هذه الأخبار المعتبرة برواية الفضيل التى هى أخص منها بعد إخراج

المكاسب، ج۴، ص ۳۸۰

صورة تفرق الرضعات العشر عن عمومها و بمفهوم الموثقتين اللتين بعدها و إن أمكن إلا أن ذلك فرع سلامتها عن المعارضة موثقة زياد بن سوقة المتقدمة الصريحة فى نفى النشر بالعشر و لو متوالية أو ترجيحها عليها و هو مسلم لو ثبت صحة رواية الفضيل بتوثيق محمد بن سنان الذى حكى عن غير المفيد من مشايخ الرجال تضعيفه و سلامتها من موهنات أخرى مثل مخالفة حصرها للإجماع و خلو الفقيه من زيادة رواها الشيخ فى ذيلها أعنى قوله ثم ترضع عشر رضعات مع سبق الصدوق على الشيخ زمانا بل و ضبط الأخبار كتابه فكيف يتصور فى حقه أو فى الكتب التى أخذ الحديث منها إهمال شطر من كلام المعصوم ع مربوط بما قبله غاية الارتباط و

يحتاج إليه نهاية الاحتياج فلا يبعد أن يكون الزيادة المذكورة من تحريفات محمد بن سنان لأنه إنما وقع في التهذيب و ليس في سند الفقيه و حيث لم يثبت اعتبار الرواية سندا و سلامتها من الوهن و المفروض أن أخويها أيضا لا يبلغان حد الصحة بل صرح بضعف ثانيهما فترجيحها و إن كانت ثلاثا على موثقة زياد و إن كانت واحدة غير معلوم إذ ليس في سند الموثقة إلا عمار و اعتبار رواياته عند الأصحاب محكي عن الشيخ في عدته مع أن الراوي عنه بواسطة هشام بن سالم الحسن بن محبوب الذي أجمع على تصحيح ما يصح عنه من أن متنها أصرح دلالة لأن دلالتها على نفي النشر بالعشر المتوالي بالمنطوق و دلالة الموثقتين على ثبوته بها بالمفهوم مع احتمال مفهومها الحمل على ما إذا وقعت العشر المتوالية في يوم و ليلة فإن مفهومها بهذا الاعتبار أعم من منطوق موثقة زياد و إن كان تخصيصهما به بعيد كما يظهر ذلك كله بالتأمل. و أما ترجيح تلك الثلاث على موثقة ابن سوقة بموافقة الكتاب فحسن إن لم تجوز تخصيص الكتاب بالخبر الواحد و إن كان صحيحا و إلا فموافقة الكتاب لتلك الروايات الثلاث بعد تخصيصه بصحيحة ابن رئاب و أخويها غير حاصلة إلا بعد ترجيح تلك الروايات المخصصة للصحيحة و أخويها على موثقة ابن سوقة و هو أول الكلام و يلزم الدور أيضا كما لا يخفى فإذا لم يثبت ترجيح تلك الأخبار على الموثقة بوجه فلا أقل من تكافؤهما الموجب بسلامة الأخبار النافية للنشر بالعشر عن المخصص فيجب الأخذ بعمومها المطابق لقاعدة الإباحة المستفادة من العمومات و الأصول وفاقا لجملة من تقدم و معظم من تأخر من الفحول و قد يستدل على إثبات النشر بالعشر بصحيحة عبيد بن زرارة بناء على سلامة علي بن الحكم الذي يروي عنه ابن عيسى قال: قلت لأبي عبد الله ع إنا أهل بيت كبير فربما كان الفرح و الحزن الذي يجتمع فيه الرجال و النساء فربما استحييت المرأة أن تكشف رأسها عند الرجل الذي بينها و بينه الرضاع و ربما استخف الرجل أن ينظر إلى ذلك فما الذي يحرم من الرضاع فقال ما أنبت اللحم و الدم فقلت و ما الذي ينبت اللحم و الدم قال كأن يقال عشر رضعات قلت فهل يحرم عشر رضعات فقال دع ذا و قال ما يحرم من النسب ما يحرم من الرضاع و أنت خبير بأنها لا دلالة فيها على تحريم العشر بوجه إذ لم يرد المعصوم ع إلا أن نسب القول بذلك إلى شخص مجهول و لم يعلم رضاه بذلك و إلا لم يكرر الراوي السؤال عنه بل الظاهر عدم رضاه بهذا القول كما يشهد به مضافا إلى نسبته إلى القيل إعراضه عنه بقوله دع هذا السؤال و لو كان المراد هذا القول كان من أوضح الأدلة على خلاف المطلق ثم اعلم أنه إذا ثبت عدم النشر بالعشر لما ذكرنا تعين القول بالنشر بالخمس عشرة لعدم القائل باعتبار أزيد منها من حيث العدد و إطلاق رواية عمر بن يزيد قال: سمعت أبا عبد الله ع يقول خمس عشرة رضعة لا تحرم بعد سلامة سندها محمول على صورة عدم التوالي للإجماع ظاهرا على النشر بهذا العدد مع التوالي. نعم في بعض الأخبار دلالة على التقدير بسنة أو سنتين مثل ما رواه العلاء بن رزين عن أبي عبد الله ع قال: سألته عن الرضاع فقال لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضع من ثدي واحد سنة و ما رواه زرارة عن أبي عبد الله ع قال: لا يحرم من الرضاع إلا ما ارتضع من ثدي واحد حولين كاملين لكنهما شاذان مخالفان للإجماع كما ادعاه في المسالك و رد الشيخ في التهذيب الرواية الأولى بالشذوذ و حمل الثانية على كون الحولين طرفا للرضاع لا قيدا لمقداره و هو على بعده حسن في مقام الجمع و عدم الطرح

ثم إنه يعتبر في الرضعات العشر أو الخمس عشرة المحرمة أمور

الأول إكمال الرضعة

فالرضعة الناقصة لا تعد من العدد ما لم يكمل على وجه لا يقدح في الاتحاد فإذا لفظ الصبي الثدي فإن كان أعرض عنه إعراض ميل فهي رضعة كاملة و إن كان بغير ذلك كالنفس أو السعال أو الانتقال من ثدي أو الالتفات إلى ملاعب و نحوه ثم عاد في الحال فالمجموع رضعة و لو لم يعد إلا بعد مدة فالظاهر عدم احتساب مجموعهما من العدد و كذا لو أخرجت الثدي من فيه كرها فلم تلقمه إياه إلا بعد مدة ثم الدليل على اعتبار إكمال الرضعة هو أن المتبادر من الرضعة الواردة في الأخبار هي الكاملة و المرجع في كمالها إلى العرف لأنه المحكم في أمثاله و حكي عن بعض تحديده بأن يروى الولد و يصدر من قبل نفسه و ليس ببعيد عن التفسير الأول. و

فی مرسلة ابن أبی عمیر عن بعض أصحابه عن أبی عبد الله ع: الرضاع الذی ینبت اللحم و الدم هو الذی یرضع حتی یتضلع و یمتلئ و ینتهی من نفسه

الثانی توالی الرضعات

بأن لا یفصل بینها رضاع امرأة امرأة أخری و الظاهر عدم الخلاف فی اعتباره کما فی المسالک و یدل علیه موثقة زیاد بن سوقة المتقدمة حیث نص فیها علی تقیید الرضعات بأن لا یفصل بینها رضعة من امرأة أخری و یستفاد منها أن المعتبر فی الفاصل القادح فی التوالی أن یکون رضعة کاملة فلو فصل بینها رضعة ناقصة لم تخل بالتوالی خلافا للمحکی عن القواعد و ظاهر عبارة الشرائع فأبطل التوالی بفصل مطلق الرضاع و لعله لعدم صدق التوالی المقید بالرضعات فی روایة زیاد بن سوقة عرفا إلا مع عدم فصل مسمی الرضاع و إن کان قوله ع فیها: لم یفصل بینها رضعة امرأة أخری ظاهرا فی اعتبار عدم فصل الرضعة الکاملة إلا أن قید التوالی المذکور قبله أخص منه إلا أن یقال إن قوله لم یفصل إلخ تفسیر للتوالی فلا یعتبر فیه أمر زائد علی عدم الفصل بالرضعة الکاملة اللهم إلا أن یجعل تقیید الفصل المنفی بالرضعة واردة مورد الغالب حیث إن الفصل إذا اتفق لا یکون غالبا بأقل من رضعة کاملة و کیف کان فینبغی القطع بعدم قطع تخلل غیر الرضاع فی التوالی و ادعی الاتفاق علیه فی الحدائق فلو اغتذی بینها بمأکول أو مشروب فالتوالی بحاله.

الثالث أن یکون کمال العدد المعتبر من امرأة واحدة

فلو ارتضع بعضها من امرأة و أکملها من امرأة أخری لم ینشر الحرمة و لم تصر واحدة من المرضعتین أما للرضیع و لو کان الفعل واحدا و لم یصر الفحل أبا له أیضا و الظاهر عدم الخلاف فی اعتبار ذلک بین من اعتبر تعدد الرضعات.

المکاسب، ج۴، ص ۳۸۱

و عن التذکرة أن علیه علمائنا أجمع و لعل المراد العلماء المعتبرین لتعدد الرضعات و إلا فمثل ابن الجنید القائل بالنشر برضعة واحدة لا یتأتی فی حقه اعتبار هذا الشرط اللهم إلا فی مجموع الرضعتین الناقصتین المعدودتین برضعة کاملة أو فی اللبن المؤجور فی حلق الصبی و یدل علی اعتبار هذا الشرط موثقة زیاد المتقدمة و یدل علیه أیضا کل ما دل علی تحقق الحرمة برضاع امرأة ولد أخری بعد تقیید الرضاع ببلوغه خمس عشرة فإن قوله ع فی صحیحة یزید العجلی: کل امرأة أرضعت من لبن فحلها ولد امرأة أخری من غلام أو جاریة فذلک هو الرضاع الذی قال رسول الله ص بعد ما حکم بقرینة أدلة اعتبار العدد أن المراد منه أرضعت خمس عشرة رضعة فیکون من أدلة اعتبار اتحاد المرضعة و هکذا قوله ع فی صحیحة عبد الله بن سنان و حسنته ما أرضعت امرأتک من لبنک إلخ و یدل علیه أیضا قوله تعالی وَ أُحِلَّ لَکُمْ ما وَراءَ ذلِکُمْ بعد تقیید قوله وَ أُمَّهاتُکُمُ اللَّاتِی أَرْضَعْنَکُمْ بالإرضاع خمس عشرة رضعة. نعم فی إطلاق بعض الأخبار دلالة علی کفایة اتحاد الفحل و عدم اعتبار اتحاد المرضعة مثل قوله ع فی روایة أبی بصیر: ما أحب أن یتزوج ابنة فحل قد رضع من لبنه و صحیحة الحلبی و عبد الله بن سنان عن أبی عبد الله ع: فی رجل تزوج جاریة صغیرة فأرضعتها امرأته و أم ولده قال تحرم فإن إطلاقها یشمل ما إذا وقع الرضاع المحرم من ارتضاع المرأة و أم الولد کلیهما و مضمرة سماعة قال: سأله عن رجل کان له امرأتان فولدت کل واحدة منهما غلاما فانطلقت إحدی المرأتین فأرضعت جاریة من عرض الناس أ ینبغی لابنه أن یتزوج بهذه الجاریة قال ص لا لأنها أرضعت بلبن الشیخ دلت بعموم التعلیل علی أن کل من أرضع بلبن الفحل سواء حصل الرضاع المعتبر من إحدی زوجاته أو من أکثر یحرم علی أولاده لکن هذه کلها مطلقات یجب تقییدها بما ذکرنا مضافا إلی إمکان منع استفادة العموم منها نظرا إلی ورودها فی مقام بیان حکم آخر فتدبر.

الرابع أن یکون کمال العدد المعتبر من لبن فحل واحد

فلو كان من لبن فحلين لم يحصل النشر و لم يصر واحد منهما أبا للمرتضع و إن اتحدت المرضعة و لا تصير أيضا أما له و يتصور ذلك في المرضعة بأن ترضع الطفل من لبن فحله بعض العدد ثم يطلقها ذلك الفحل و تتزوج بآخر و تحمل منه ثم ترضع الطفل المذكور من لبن هذا الفحل تكمله الرضعات من غير أن يتخلل بين الإرضاعين إرضاع امرأة أخرى بأن يستقل الولد في المدة الفاصلة بين الإرضاعين بالمأكول و المشروب بناء على عدم إخلال فصلهما بتوالي الرضعات العددية و إن أخل برضاع اليوم و الليلة كما سبق و الظاهر أن اعتبار هذا الشرط مما لا خلاف فيه و حكى عن التذكرة الإجماع عليه و يدل عليه موثقة ابن سوقة المتقدمة و قوله ع في صحيحة يزيد: كل امرأة أرضعت من لبن فحلها ولد امرأة أخرى من غلام أو جارية فذلك الرضاع الذي قال رسول الله ص فإنه بعد ما قيد الإرضاع فيه بما بلغ العدد المعتبر فيعتبر في العدد المعتبر أن يكون من فحل تلك المرأة و الظاهر من قوله فحلها الواحد لا جنس فحلها كما يدل عليه قوله ع بعد ذلك: و كل امرأة أرضعت من لبن فحلين كانا لها واحدا بعد واحد فإن ذلك الرضاع ليس بالرضاع الذي قال رسول الله ص و أظهر من هذه الصحيحة صحيحة عبد الله بن سنان و حسنة ابن هاشم في تفسير لبن الفحل ما أرضعت امرأتك من لبن ولدك ولد امرأة أخرى فهو حرام و تقريب الاستدلال فيهما كالسابقة و هذه الأخبار المعتضدة بعدم الخلاف يقيد إطلاقات الكتاب و السنة و اعلم أن هذا الشرط و سابقيه كما يعتبر في الرضاع المقدر بالعدد كذلك يعتبر في الرضاع المقدر بالزمان إلا أن معنى الشرط الأول و هو التوالي في العدد و عدم تخلل رضاع آخر و في اليوم و الليلة عدم تخلل غذاء آخر سواء كان لبن غير المرضعة أم غذاء آخر و إن كان الشرط الثالث لا يتصور تخلفه في المقدر بالزمان الأعلى فرض نادر بأن يبقى لبن الفحل الأول إلى زمان حصول اللبن من الثاني و لا يحصل من اللبن الأول وحدة الرضاع المقدر بل يحصل رضاع يوم من الأول و ليلته من الثاني.

ثم إن هذه خلاصة الكلام في شروط نشر الحرمة بالرضاع فكلما انتفى بعض هذه الشروط الستة لم ينشر الحرمة بين المرتضع أو أحد من قبله و بين الفحل و المرضعة أو أحد من قبلهما

و هنا شروط أخر اعتبرها الأكثر في نشر الحرمة

اشارة

بين كل من المرتضعين من مرضعة واحدة و بين الآخر و جعلوه منخرطا في سلك شروط الرضاع باعتبار أنه شرط للنشر في الجملة

و هو اتحاد الفحل الذي يرتضع المرضعتان من لبنه

اشارة

فلو ارتضع أحد من امرأة من لبن فحل و ارتضع آخر من تلك المرأة من لبن فحل آخر لم يحرم أحد المرتضعين أو أصوله أو فروعه على الآخر فالعبرة بالأخوة في الرضاع الأخوة من قبل الأب الرضاعي و هو الفحل و لا عبرة بالأم الرضاعي حتى أنه لو ارتضع عشرة من لبن فحل واحد كل واحد من إحدى أمهات أولاده صار الجميع إخوة يحرم بعضهم و فروعه على البعض الآخر و فروعه و هذا معنى قولهم اللبن للفحل.

و خالف الطبرسي صاحب التفسير في اعتبار هذا الشرط

و اكتفى باتحاد واحد من المرضعة و الفحل و ألحق الرضاع بالنسب في كفاية الأخوة من أحد الأبوين في نشر الحرمة تمسكا بعموم

قوله تعالى وَ أَخَواتُكُمْ مِنَ الرَّضاعَةِ و قوله: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب و شبه ذلك و خصوص رواية محمد بن عبيدة الهمداني: قال أبو الحسن الرضا ع ما يقول أصحابك قال قلت كانوا يقولون اللبن للفحل حتى جاءهم الرواية عنك أنك تحرم من الرضاع ما تحرم من النسب فرجعوا إلى قولك قال فقال و ذاك أن أمير المؤمنين سألنى عنها البارحة فقال لى اشرح لى لبن الفحل و أنا أكره الكلام فقال لى كما أنت حتى أسألك عنها ما قلت فى رجل كانت له أمهات أولاد شتى فأرضعت واحدة منهن بلبنها غلاما غريبا ليس كل شىء من ولد ذلك الرجل من أمهات الأولاد الشتى يحرم على ذلك الغلام قال قلت بلى فقال أبو الحسن ع فما بال الرضاع يحرم من قبل الفحل و لا يحرم من قبل الأمهات و إنما الرضاع من قبل الأمهات و إن كان لبن الفحل أيضا يحرم

و الأظهر ما عليه الأكثر

اشارة

بل حكى الإجماع عليه عن بعض أصحابنا غير واحد ممن تأخر لضعف الرواية بعد تسليم ظهورها فى المدعى و الإغماض عن اختصاصها بأولاد المرضعة نسبا و لا خلاف فى تحريمهم على المرتضع و إن تعدد الفحل كما سيجىء

و تقييد إطلاق الكتاب و السنة بالأخبار الدالة على اعتبار اتحاد الفحل.

منها صحيحة الحلبى

قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل يرضع من امرأة و هو غلام أ يحل له أن يتزوجها أختها لأمها من الرضاعة فقال إن

المكاسب، ج۴، ص ۳۸۲

كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلا يحل و إن كانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحلين فلا بأس

و منها موثقة عمار الساباطى

الراوى عنه ابن محبوب بواسطة هشام بن سالم قال: سألت أبا عبد الله ع عن غلام رضع من امرأة أ يحل له أن يتزوج أختها لأبيها من الرضاع فقال لا فقد رضعا جميعا من لبن فحل واحد من امرأة واحدة قال فيتزوج أختها لأمها من الرضاعة قال فقال لا بأس بذلك إن أختها التى لم ترضعه كان فحلها غير فحل التى أرضعت الغلام فاختلف الفحلان فلا بأس و لا يضر دلالتها على اعتبار اتحاد المرضعة الذى ليس معتبرا بالإجماع. و منها صحيحة يزيد بن معاوية المتقدمة قريبا فى الشرط الرابع من شروط الرضعات العددية و قد يرد استدلال الطبرسى على مطلبه بقوله تعالى وَ أَخَواتُكُمْ مِنَ الرَّضاعَةِ بمنع كون المرتضعة من امرأة بلبن فحل أختا أميا رضاعيا للمرتضع من تلك المرأة بلبن فحل آخر لكون الأخت الرضاعى أمرا شرعيا و كون المذكورة مندرجة فيه محل النزاع فلا بد من دليل يدل عليه. و فيه أن صدق العنوانات الحاصلة بالنسب على ما يحصل من الرضاع غير متوقف على التوقيف من الشارع بالخصوص كيف و لو كان كذلك لم يثبت نشر الرضاع الحرمة فى أكثر الموارد و لم يكتف الشارع فى بيان تحريم نظائر النسب الحاصلة من الرضاع بقوله يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب لأن إلقاء هذا الكلام على هذا الفرض يصير من قبيل الإحاطة على المجهول مع أنه لا يرتاب المتتبع و المتأمل فى أن كل من يسمع هذا الكلام من النبى ص و الأئمة ع أو من عالم فلا يحتاج فى تشخيص نظائر العنوانات النسبية من بين العلائق الحاصلة بالرضاع إلى بيان و توقيف و يشهد بذلك ما فى رواية محمد بن عبيدة الهمدانى: حيث قال للرضا ع

إن أصحابی کانوا یقولون اللبن للفحل حتی جاءتهم الروایة عنک أنک تحرم من الرضاع ما یحرم من النسب فرجعوا إلی قولک فلیت شعری أی شیء فهموا من هذا الکلام حتی رجعوا إلی القول بعدم اعتبار اتحاد صاحب اللبن فی الإخوة الرضاعیة و من هنا تری فقهاء الخاصة و العامة یتمسکون بهذا الحدیث من غیر تأمل فی معناه من هذه الحجة.

ثم اعلم أن اتحاد الفحل إنما یعتبر فی حصول الأخوة بین المرتضعین

الذین یکونان کلاهما ولدین رضاعیین للمرضعة و أما إذا کان أحدهما ولدا نسبیا لها فلا یعتبر فی إخوة ولدها الرضاعی لولدها النسبی اتحاد فحلهما فلو أرضعت ولدا حرم علیه أولادها النسبیة کلا و إن کانوا من غیر صاحب لبن المرتضع لأن اعتبار اتحاد الفحل أمر مخالف لإطلاق الکتاب و الأدلة المثبتة له مختصة بالولدین الرضاعیین کما سیظهر لمن راجعها مضافا إلی موثقة جمیل بن دراج بأحمد بن فضال عن أبی عبد الله ع:
إذا ارتضع الرجل من لبن المرأة حرم علیه کل شیء من ولدها و إن کان الولد من غیر الرجل الذی أرضعته بلبنه و هی صریحة فی المطلوب لکن یظهر من بعض الأخبار اتحاد الفحل هنا أیضا مثل صحیحة صفوان عن أبی الحسن ع: و فیها قلت له فأرضعت أمی جاریة بلبنی قال هی أختک من الرضاعة قلت فتحل لأخ لی من أمی لم ترضعها أمی بلبنه قال فالفحل واحد قلت نعم هو أخی لأبی و أمی قال اللبن للفحل صار أبوک أبوها و أمک أمها فإن استفصال الإمام ع عن اتحاد الفحل مع تصریح السائل بکون الأخ ولد المرضعة نسبا یدل علی تغایر حکمه مع حکم صورة تعداد الفحل

[قول العلامة فی المقام]

اشارة

بقی هنا شیء و هو أنه قد حکی عن العلامة فی القواعد أن أم المرضعة من الرضاع أو أختها منه أو بنات أخیها منه لا تحرمن علی المرتضع لأن الرضاع الحاصل بین المرضعة و المرتضع بلبن فحل و الحاصل بینها و بین أمها أو أختها أو أخیها بلبن فحل آخر فلم یتحد الفحل فلا نشر و مثله عن المحقق الثانی فی شرح هذه العبارة من القواعد و زاد علی فروض المتن عدم تحریم عمة المرضعة و خالتها من الرضاع علی المرتضع ثم نسب التحریم إلی القیل تمسکا بعموم الأدلة من الکتاب و السنة و أجاب عنه بأن ما دل علی اعتبار اتحاد الفحل المخصص خاص فلا حجة فی العام

[مناقشة المؤلف فی قول العلامة]

أقول و لا یخفی ضعف هذا القول أما أولا فلما عرفت من أن الدال علی اعتبار اتحاد الفحل المخصص لعموم الکتاب و السنة کان مختصا بالرضاع الموجب لإخوة المرتضعین بمعنی أنه لا یحدث علاقة الأخوة بین مرتضعین أجنبیین نسبا إلا إذا اتحد فحلهما فلم یکن فیه إطلاق یشمل ما نحن فیه و أما ثانیا فلأن صحیحة الحلبی المتقدمة التی هی عمدة أدلة اعتبار اتحاد الفحل قد صرح فیها بتحریم أخت المرضعة من الرضاع علی المرتضع و هی أحد الموارد التی حکم فی القواعد و شرحه بعدم التحریم تفریعا علی تعدد الفحل. و مثلها موثقة عمار الساباطی المتقدمة أیضا المعلل فیها تحریم أخت المرضعة من الرضاع بأن الأختین أرضعتا من امرأة واحدة بلبن فحل واحد مع أنه لا- ریب فی مغایرة فحل المرتضع لفحل أخت المرضعة فیفهم من التعلیل أنه إذا اتحد الفحل بین المرأتین و تحققت الأخوة بینهما کفی ذلک فی حرمة کل منهما علی فروع الآخر و لو من الرضاع

إذا ظهر ذلک فاعلم

أنه إذا حصل الرضاع المعتبر صارت المرضعة و الفحل أبوین للمرتضع

و فروعه لهما أحفادا و أصولهما له أجداد أو جدات و فروعهما له إخوة و أولاد إخوة و من فی حاشیة نسبهما عمومة و خئولة و تفصیل القول فی ذلک یحصل ببیان اثنتین و ثلاثین مسألة حاصلة من ملاحظة کل من المرتضع و أصوله و فروعه و من فی حاشیة نسبه أو رضاعه مع کل من المرضعة و الفحل و أصولهما و فروعهما و من فی حاشیتهما و قبل ذکر أحکامهما لا بد من بیان ضابطة للتحریم فی الرضاع فنقول إن المستفاد من قوله یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب أن کل عنوان قد حمل علیه الشارع التحریم من جهة علاقة نسبیة فهذا العنوان یحرم من جهة نظیر تلک العلاقة من الرضاع و ذلک لا بمعنی أن کل شخص حرم من النسب فهو بعینه حرام من الرضاع إذ لا ـ شک فی عدم إرادة هذا المعنی لأن نفس المحرم بالنسب لیس محرما بالرضاع. فالمراد بما الموصولة فی الحدیث هو عنوان کلی مشترک بین ما یحصل بالنسب و بین ما یحصل بالرضاع تعلق التحریم به من جهة النسبیة باعتبار بعض أفراده و هو الحاصل بالنسب و تعلق التحریم به من جهة الرضاع باعتبار بعض أفراده و هو الحاصل بالرضاع مثلا یصدق علی عنوان الأم الذی هو شیء واحد بالوحدة النوعیة الغیر المنافیة مع تکثر الأشخاص أنها یحرم من جهة النسب و یحرم من جهة الرضاع و لا یقدح فی هذا المطلب کون استعمال لفظ ذلک العنوان فی الحاصل بالرضاع استعمالا مجازیا إذ لم یقع فی الکلام لفظ أحد تلک العناوین حتی یقال إن المراد به خصوص الحاصل بعلاقة النسب بل نقول إنه اعتبر مثلا ـ قدر مشترک بین الأم الرضاعیة و النسبیة و أرید من الموصول و إن أبیت إلا عن أن المراد بالموصول خصوص العنوانات النسبیة فلا بد فی الکلام من تقدیر بأن یراد أنه یحرم من الرضاع نظیر کل عنوان من العنوانات النسبیة التی یحرم من جهة النسب و هذا القدر هو

المکاسب، ج۴، ص ۳۸۳

الذی ارتکبه جمع کثیر من الفقهاء المتأخرین فی تفسیر الحدیث ثم إن العنوان الذی یحرم من جهة النسبة لیس إلا أحد العنوانات المتعلق بها التحریم فی لسان الشارع کالأم و البنت و الأخت و غیرهن من المحرمات المذکورة فی الکتاب و السنة و أما العنوان المستلزم لأحد هذه کأم الأخ للأبوین المستلزم لکونها أما أو کأم السبط المستلزمة لکونها بنتا و کأخت الأخ للأبوین المستلزمة لکونها أختا فلیس شیء منهن یحرم من جهة النسب إذ لا نسب بینهن من حیث هذا العنوان و بین المحرم علیه فإن أم أخ الشخص من حیث إنها أم أخ لیس نسبه له بل نسبته لأخیه و النسب الحاصل بین الشخص و بین نسیبه لم یثبت کونه جهة للتحریم و الشاهد علی ذلک أدلة المحرمات فإن منها یستفاد جهة تحریم المحرمات إذ لا یستفاد من قوله تعالی حُرِّمَتْ عَلَیْکُمْ أُمَّهاتُکُمْ إلا أن جهة التحریم أمومة الأم للشخص و أما أمومتها لأخیه أو بنوتها لجدیه أو أخواتها لخالته فلم یستفد من دلیل کونها جهة للتحریم فیثبت بهذا أن النسب الذی یصلح کونها جهة للتحریم لیس إلا ما یکون مبدأ لإحدی الصفات المعنونة بها المحرمات فی الکتاب و السنة و علی هذا فإذا أرضعت امرأة أخاک فلا تحرم علیک لأنها أم أخیک و لم یثبت حرمة أم الأخ من جهة النسب إذ لا نسب بینک و بینها من حیث إنها أم أخیک بل النسب بینها و بین نسبک و النسب بین شخص و بین نسیبه لم یثبت کونه جهة للتحریم. و من هنا یظهر فساد ما ذهب إلیه شرذمة من المتأخرین من عموم التنزیل فی الرضاع و عدم الفرق بین أن یحصل بالرضاع أحد العناوین المذکورة فی أدلة التحریم و بین أن یحصل به ما یستلزم أحدها فکما أن المرتضعة لبنتک محرمة علیک من حیث إنه حصل بالرضاع بنوتها لک فکذلک مرضعة ولد بنتک حیث إنه حصل بالرضاع أمومتها لولد بنتک و أم ولد البنت محرمة نسبا لکونها بنتا فکذلک أم ولد بنتک رضاعا إلی غیر ذلک و قد عرفت وجه فساد ذلک و حاصله أن الحدیث النبوی: إنما حرم بالرضاع ما حرم من جهة النسب و أم ولد البنت لم تحرم من جهة النسب إذ لا نسب بینها بهذا العنوان بین الشخص بل النسب بینها و بین نسیب الشخص و لم یثبت کونه جهة للتحریم فإذا لم یحرم أم ولد البنت من جهة النسب فکیف یحرم من جهة الرضاع مع أن دعوی عموم الموصول لکل عنوان من العناوین

المذكورة فى لسان الشارع و لما يستلزمه من العناوين الغير المحصورة موجب للتكرار فى شمول العام. فإن قلت إذا صدق على أم ولد البنت أنها بنت و صدق أن كل بنت محرمة من جهة النسب فلا مساغ لإنكار أن أم ولد البنت محرمة من جهة النسب فيضاف إلى ذلك قوله ع: كل ما يحرم من النسب يحرم من الرضاع ينتج أن أم ولد البنت يحرم من جهة الرضاع. قلت لا يخفى أن المراد بالأم فى قولنا أم ولد البنت بنت إما أن يكون هى خصوص الأم النسبية أو خصوص الرضاعية أو الأعم و كذلك المراد بالبنت فالاحتمالات تسعة و لا نسلم الصغرى إلا فى احتمالين منها إحداهما أن يراد من الأم و البنت النسبيتان و الثانى أن يراد من الأم النسبية و من البنت الأعم فإن أريد الأول منهما فالصغرى و الكبرى إلا أن الحاصل منها ليس إلا قولنا إن الأم النسبية لولد البنت النسبية محرمة من جهة النسب لكن الأصغر فى هذه الصغرى غير مندرج تحت الأوسط فى كبرى قوله ع: كلما يحرم من النسب يحرم من الرضاع لما عرفت من أن المراد بالموصول فى الحديث هو العنوان الكلى المشترك بين العنوان الحاصل من علاقة النسب و الحاصل من علاقة الرضاع لأنه الذى يعقل أن يحكم عليه بالتحريم من كلتا الجهتين أعنى الرضاع و النسب و ليس المراد به خصوص العنوان النسبى إذ لا يعقل الحكم على نفس هذا العنوان بأنه يحرم من جهة الرضاع إلا أن يراد أنه يحرم نظيره كما ذكرنا سابقا و حينئذ نقول كون مرضعة ولد البنت نظيره للأم النسبية لولد البنت ممنوع لأن اللام النسبية لولد البنت كانت متصفة بالبنتية و باعتبارها ثبت لها التحريم و مرضعة ولد البنت ليست كذلك. نعم نظيره الأم النسبية لولد البنت النسبية الأم النسبية لولد البنت الرضاعية و الحاصل أن المحرم فى النسب أم ولد البنت المقيدة بكونها بنتا فنظيرها المحرم فى الرضاع أيضا أو ولد البنت المقيدة بذلك القيد غاية الأمر أن القيد المذكور فى النسب من اللوازم للمقيد و فى الرضاع قد يكون و

قد لا- يكون فإذا كان فيثبت النظارة و إلا فلا نظارة فلا حرمة و إن أريد الثانى منهما فالمقدمتان مسلمتان و يستنتج منهما أن الأم النسبية لولد البنت مطلقا محرمة من جهة النسب و لو باعتبار بعض أفرادها و هى الأم النسبية فيصح أن يضم إليه قوله ع: كلما يحرم من النسب يحرم من جهة الرضاع فيصير حاصل هذا أن الأم النسبية لولد البنت مطلقا عنوان كلى مشترك بين أم ولد البنت النسبية و أم ولد البنت الرضاعية و هذا العنوان الكلى يصدق عليه أنه يحرم من جهة الرضاع كما يحرم من النسب و حينئذ فلا يستفاد من الحديث حكم مرضعة ولد البنت بوجه من الوجوه و بهذا تقدر على دفع ما يورد فى نظائر هذا العنوان و إن كان تقدير الدفع مخالفا فى الجملة فإذا قيل مثلا أم الأخ للأبوين أم و كل أم محرمة فأم الأخ للأبوين محرمة ثم يضم إلى ذلك قوله: كلما يحرم من جهة النسب يحرم من جهة الرضاع أجبنا عنه بأن أم الأخ لا يخلو من أن يراد به الاحتمالات التسعة المذكورة و على فرض إرادة ما عدا احتمالين منهما يكون الصغرى ممنوعة فإن التى يصدق عليها الأم ليس إلا الأم النسبية للأخ النسبى أو مرضعة الأخوين الرضاعيين فإن أريد بأم الأخ فى الصغرى خصوص الأول دفع بما دفع الأول فى أم ولد البنت و إن أريد به الأعم من الأول أعنى العنوان الكلى الملازم لصدق الأم فلا- يدل النتيجة الحاصلة بعد ضم الحديث إليها على تحريم مرضعة الأخ. و يمكن الجواب عن أصل الإيراد بمنع كون الموصول للعموم بل المتبادر منه الإشارة إلى العنوانات المعهودة المتداولة على لسان الشارع و تعلق التحريم بها فى كلامه ثم اعلم أن المراد بالنسب فى الحديث ليس هو خصوص النسب الحاصل بين المحرم و المحرم عليه حتى يخص الحديث بتحريم نظائر العنوانات السبع النسبية من الرضاع بل المراد به هو الأعم منه و من الحاصل بين المحرم و زوج المحرم عليه أو ما ألحق بزوجة كالمزنى بها و الموطوءة بالشبهة أو الغلام الموطوء و نحو ذلك لأن التحريم فى العنوانات كما أنها موجبة بجهة النسب كذلك فى هذه العنوانات مثلا قوله وَ أُمَّهاتُ نِسائِكُمْ دال على تعلق التحريم بأم الزوجة من حيث أمومتها للزوجة فإذا ظهر نظير هذه الجهة من الرضاع حرمت. و الحاصل أنه لا فرق بين

المكاسب، ج۴، ص ۳۸۴

تحريم الأم و تحريم أم الزوجة و تعلق التحريم فى كل منهما بعنوان النسبى فيحرم نظيره من الرضاع و سيأتى زيادة توضيح لذلك إن شاء الله تعالى

إذا عرفت هذا

فلنرجع إلى بيان تفاصيل المسائل المذكورة

اشارة

فنقول

المسألة الأولى لا شک فی تحريم المرتضع على المرضعة

بالإجماع و الكتاب و السنة لأنها أمة.

الثانية لا تحرم أصول المرتضع المذكور على المرضعة من جهة إرضاعها إياه

سواء فی ذلک أبواه و أجداده لأب كانوا أو لأم أما عدم التحريم على الأب فظاهر لأن المرضـعة لم تزد على أن صارت أما لولده و أم الولـد أولى بالتحليـل من كل أحـد و أما على أجـداده لأبيه فلأنها لم تزد على أن صارت أما لولـد ابنه و أم ولـد الابن إنما تحرم على الجد لأنها زوجة ابنه و الزوجية للابن لا تحصل بإرضاع ولد الابن لأن الزوجية لا تثبت بالرضاع. و بتقرير أوضح أن التحريم تعلق على حليلـة الابن و لا شک أن مرضـعة ولد الابن ليست حليلة للابن و أما على أجداده لأمه فلأن غاية ما حصل بالرضاع كون المرضـعة أما لولد بنته و أم ولد البنت إنما تحرم إذا كان بنتا بالنسب أو الرضاع و هذه لم تصـر إحداهما و قد مر مشروحا فی تفسير الحديث النبوی أنه لاـ يـدل إلا على تحريم ما صـدق عليه بعلاقـة الرضاع أحـد العناوين المحرمـة على لسان الشارع فيجب الرجوع فی غيرها إلى أدلة الحل. و الحاصل أنه إذا حصل بالرضاع عنوان مسـتلزم فی النسب لأحد العناوين المعلق عليها التحريم غير ملازم له فی الرضاع لا يثبت له التحريم لأن ذلک العنوان النسبی الملزوم إنما حرم لتقييـده باللازم و إن كان هـذا المقيـد غير منفک عنه فإن حصل هـذا القيـد فی العنوان الرضاعی حتى يتم كونه نظيرا للعنوان النسبی و كونها تحت عنوان كلی ينتزع من الحاصل بالنسب و الحاصل بالرضاع حصلت الحرمة و إلا فلا ثم إذا لم يحرم أصول المرتضع نسبا على المرضعة لم يحرم أصوله الرضاعية عليها بطريق أولى

الثالثة تحرم فروع المرتضع على المرضعة

لأنهم أحفادها و لا فرق بين الفروع النسبيـة و الرضاعيـة. نعم يأتی على قول العلامـة و المحقق الثانی رحمهما الله فی القواعد و شـرحه عدم تحريم فروع المرتضع الرضاعية على المرضـعة حيث حكما بأن مرضـعة المرضـعة لا تحرم على المرتضع فإن المرتضع من الفروع الرضاعية للمرتضعة من المرضعة و قد عرفت ضعف هذا القول و متمسكه.

الرابعة حواشی المرتضع أعنی من فی طبقته من الإخوة لا يحرمون على المرضعة من جهة ارتضاع أخيهم منها

لأنها لم تزد على أن صارت إما رضاعيـة لأخيهم و لا دليل على تحريم أم الأخ. نعم هی محرمـة فی النسب من جهة كونه أما أو زوجة أب و لم يحصل شـیء منهما بالرضاع و أما الإخوة من الرضاع للمرتضع فهم أولى بعدم التحريم عليها و قد يزيد فی الاستدلال على ما ذكرنا بأن أمومـة الأخ غير ملازمـة للأمومـة لتفارقهما فی زوجـة الأب و الأم التی ليس لها إلا ولـد واحـد و فيه أن لمتوهم التحريم أن يقول إن الأـم النسبيـة للأـخ من الأـبوين محرم لأنهـا لاـ تنفک عن كونها إما فالأم الرضاعيـة له أيضا محرمـة فالأجود الاقتصار على ما

ذكرناه و أن الملازمة بين العنوانين فى النسب و إن كانت مسلمة إلا أن التحريم هناك من جهة أحد المتلازمين الغير الحاصل بسبب الرضاع ثم إن حكم فروع حواشى المرتضع حكم نفس الحواشى فى عدم التحريم على المرضعة لأن الفرع لا يزيد على الأصل فى الحرمة.

الخامسة يحرم المرتضع على أصول المرضعة من النساء و يحرم المرتضعة على أصولها من الذكور

لأن المرتضع من أحفادهم و لا فرق بين أصولها بالنسب و أصولها بالرضاع و لا إشكال فيه و لا خلاف ظاهرا و حكم حواشى أصول المرضعة من العمومة و الخئولة حكم نفس الأصول فى التحريم سواء كانت من النسب أو الرضاع.

السادسة لا تحرم أصول المرتضع على أصول المرضعة

لما تقدم فى المسألة الثانية.

السابعة يحرم فروع المرتضع على أصول المرضعة

لأنهم جدودتهم.

الثامنة لا يحرم حواشى المرتضع و فروعهم على أصول المرضعة و حواشيهم

لما تقدم فى المسألة الرابعة.

التاسعة يحرم المرتضع على فروع المرضعة نسبا

و هم المتولدون منها و إن نزلوا سواء كان أبوهم فحلا- للمرتضع أم لا- لثبوت الأخوة من قبل الأم بينه و بينهم من جهة الرضاع و لا يشترط اتحاد الفحل هنا بلا خلاف على الظاهر المصرح به فى كلام غير واحد لإطلاق الكتاب و السنة مضافا إلى خصوص موثقة جميل بن دراج بأحمد بن الحسن بن فضال عن أبى عبد الله ع قال: إذا ارتضع الرجل من لبن امرأة حرم عليه كل شىء من ولدها و إن كان الولد من غير الرجل الذى كان أرضعته بلبنه و يؤيدها رواية محمد بن عبيدة الهمدانى المتقدمة فى استدلال الطبرسى قدس سره و أما فروع المرضعة من حيث الرضاع و هم أولادها من الرضاع فيشترط فى تحريم المرتضع عليهم اتحاد الفحل على المشهور خلافا للطبرسى و قد مر ضعفه لورود الخبر الصحيح و ما فى حكمه على خلافه.

العاشرة تحرم أصول المرتضع على فروع المرضعة من النسب على الأظهر

و إن كانت القاعدة لا تقتضى ذلك نظرا إلى أن فروع المرضعة لا تزيد على أن تكون إخوة لولد أصول المرتضع و أخ الولد أو أخته لا دليل على تحريمه من حيث إخوة الولد و إنما يحرم حيث يحرم إما من حيث كونه ولدا و إما من حيث كونه ولدا لأحد الزوجين و لذا حكى عن جماعة منهم الشيخ فى المبسوط عدم التحريم إلا أنه قد دل غير واحد من الأخبار المعتبرة على التحريم مثل ما رواه فى التهذيب عن أيوب بن نوح فى الصحيح قال: كتب على بن شعيب إلى أبى الحسن ع عن امرأة أرضعت بعض ولدى هل يجوز أن أتزوج بعض ولدها فكتب ع لا يجوز ذلك لأن ولدها صارت بمنزلة ولدك و مثل ما رواه الكلينى قدس سره عن محمد بن يحيى عن

عبد الله بن جعفر قال:

كتبت إلى أبى محمد ع امرأة أرضعت ولد الرجل هل يحل لذلك الرجل أن يتزوج ابنة هذه المرضعة أم لا فوقع ع لا يحل. و اعلم أنه قد يتفرع على هذا القول أنه لو أرضعت ولدا جدته لأمه بلبن جده أو غيره حرمت أمه على أبيه لأن أمه من أولاد المرضعة فتحرم على أصول المرتضع و أما تحريم الجدة المرضعة على جده من جهة صيرورتها أما لولد بنته فقد تقدم فى المسألة الثانية أنه لا وجه له هذا كله فى فروع المرضعة نسبا و أما فروعها بالرضاع فلا دليل على تحريمهم على أصول المرتضع لأن الولد و البنت فى الخبرين المتقدمين ظاهران فى خصوص النسبى فيبقى حكم الرضاعى باقيا تحت أصالة الإباحة اللهم إلا أن يقال إنه إذا ثبت التحريم فى الولد النسبى للمرضعة ثبت فى الولد الرضاعى لها لأنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب. و فيه أن الإمام ع حكم بتحريم ولد المرضعة على أب المرتضع لا من حيث هو ولدها

المكاسب، ج۴، ص ۳۸۵

حتى يحرم ولدها الرضاعى أيضا بل لأجل كونه بمنزلة ولد أب المرتضع نسبا و هذا المعنى غير معلوم فى ولدها الرضاعى فتأمل مع أن هذا الكلام لا يصح فى ولدها الرضاعى الذى ارتضع بلبن فحل غير فحل المرتضع الذى يكون الكلام فى أصوله لعدم الأخوة بين ذلك الولد و بين المرتضع على قول غير الطبرسى و من الظاهر بل المقطوع أن كون ولد المرضعة بمنزلة ولد أب المرتضع فرع الأخوة الرضاعية للمرتضع المفقودة مع تعدد الفحل و إنما يصح هذا الكلام لو صح فى صورة اتحاد الفحل و حدوث الأخوة بين ذلك الولد و بين المرتضع و حينئذ فيكون هذا الولد من أولاد الفحل رضاعا و سيأتى الكلام فيه فى مسألة تحريم أصول المرتضع على فروع الفحل. و اعلم أن الخبرين المذكورين و إن دلا على تحريم أولاد المرضعة نسبا على أب المرتضع لكن الظاهر تحريمهم على أم المرتضع أيضا لأن كونهم بمنزلة ولد أبيه يستلزم كونهم بمنزلة ولد أمه و لذا استفيد من تحريم الأولاد على الآباء تحريم الأبناء على الأمهات.

الحادية عشر فروع المرتضع و إن نزلوا نسبا و رضاعا يحرمون على فروع المرضعة فى المرتبة الأولى

لأنهم خئولة لفروع المرتضع و لا فرق بين فروع المرضعة نسبا و فروعها رضاعا مع نشر الرضاع بينهم و بين نفس المرتضع و أما فروع المرضعة فى غير المرتبة الأولى فلا يحرمون على فروع المرتضع مطلقا لأنهم ولد خئولة لهم.

الثانية عشر من فى حاشية نسب المرتضع أو رضاعه أعنى إخوته أو أخواته النسبية أو الرضاعية لا يحرمون لأجل ارتضاع أخيهم

على فروع المرضعة الرضاعية بلا إشكال و لا خلاف لأنهم لم يزيدوا على أنهم صاروا إخوة لأخى أولئك الحواشى أو أولادا لأم أخيهم و لم يتعلق التحريم فى الشريعة بأحد العنوانين و كذا فروع المرضعة النسبية و هم المتولدون منها لا تحرم عليهم حواشى المرتضع الرضاعية لما ذكر و أما تحريم حواشى المرتضع من النسب على فروع المرضعة النسبية فاختلف فيه فالأشهر كما قيل عدم التحريم لما ذكر و هو الأظهر و قيل بالتحريم لأن فروع المرضعة إذا صاروا بمنزلة ولد أبوى المرتضع بحكم ما تقدم فى المسألة العاشرة فقد صاروا إخوة لأولادهما الذين هم حواشى المرتضع. و فيه منع استلزام صيرورتهم إخوة لأولادهما إذ لا مستند له إلا تلازم عنوانى البنوة للأبوين مع الأخوة لأولادهما و هو مسلم إذا حدثت بالرضاع نفس البنوة للأبوين كما إذا ارتضع شخص بلبنهما فإن بنوته لهما تستلزم إخوته لأولادهما و أما إذا حدث به شيء آخر حكم الشارع بكونه بمنزلة البنوة للأبوين فى أحكامها الشرعية فلا يلزم منه ثبوت الأخوة لأولادهما. و الحاصل أن العنوان الحاصل بارتضاع ولد الأبوين من امرأة ذات أولاد ليس إلا كون أولادها إخوة للمرتضع. و من المعلوم مما سبق فى المسألة الثانية أن بمجرد هذا العنوان لا يحرم هؤلاء الأولاد على أبوى المرتضع و لا على إخوته

لکن لما دل الدلیل علی کون الأولاد بمنزلة أولاد الأبوین فی جمیع الأحکام الشرعیة التی من جملتها تحریمهم علیهما حکم به لکن لا یستلزم ذلک کونهم بمنزلة الإخوة لأولادهما حتی یحرموا علیهم و کذا لیس من الأحکام الشرعیة لأولاد الأبوین تحریم بعضهم علی بعض فإن التحریم فی آیة المحرمات إنما علق علی عنوان الأخ و الأخت لا علی ولد الأبوین أو أحدهما و من هنا ظهر ما فی استدلال صاحب الکفایة علی التحریم بأن کونهم بمنزلة الولد یقتضی أن یثبت لهم جمیع الأحکام الثابتة للولد من حیث الولدیة و من جملة أحکامه تحریم أولاد الأب علیه إذ لا یخفی أن تحریم أولاد الأب علی الولد لیس من حیث الولدیة للأب بل من حیث إخوته للأولاد اللهم إلا أن یقال إن الأخوة التی نیطت بها الحرمة فی آیة المحرمات لیس مفهومها العرفی بل الحقیقی إلا کون الشخصین ولدا لواحد فکونهم أولادا لأبیه أو لأمه عین کونهم إخوة له لا أنه عنوان آخر ملازم له و یشهد لذلک تعلیل تحریم المرتضعة من لبن ولد علی أخیه من أبیه فی صحیحة صفوان المرویة فی الکافی بصیرورة أبیه أبا لها و أمه أما لها و لیس هذا إلا لأنه إذا ثبت أبوة الرجل لشخص و أمومة المرأة له ثبت إخوة أولادهما له فیحرمون علیه من هذه الجهة فالقول بالتحریم فی المسألة لا یخلو عن قوة وفاقا للمحکی عن الشیخ و بعض المتأخرین.

الثالثة عشر یحرم المرتضع علی من فی حاشیة نسب المرضعة

أعنی إخوتها و أخواتها و کذا من فی حاشیة رضاعها و هم إخوتها و أخواتها من الرضاع بلا إشکال و لا خلاف و یدل علی تحریم إخوتها من الرضاع المستلزم لتحریم إخوتها من النسب بالأولویة و عدم القول بالفصل صحیحة الحلبی المرویة فی الکافی و التهذیب قال: سألت أبا عبد الله ع عن الرجل یرضع من امرأة و هو غلام أ یحل له أن یتزوج أختها لأمها من الرضاع فقال إن کانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحل واحد فلا یحل و إن کانت المرأتان رضعتا من امرأة واحدة من لبن فحلین فلا بأس و نحوها موثقة عمار المتقدمة منها فی أدلة القول المشهور باعتبار اتحاد الفحل فی مقابل الطبرسی فتأمل و فی حکم أولئک الحواشی فروعهم فیحرم المرتضع علیهم.

الرابعة عشر لا یحرم أصول المرتضع علی من فی حاشیة نسب المرضعة

فیجوز لآباء المرتضع و إن علو التزویج فی أخوات المرضعة و لإخوتها التزویج فی أمهات المرتضع و لا یتوهم فی الأول کون المرضعة فی حکم الزوجة فلا یجوز العقد علی أختها لعدم ثبوت الزوجیة بالرضاع و لا فی الثانی کون أم المرتضع أما لولد أخت إخوة المرضعة و أم ولد الأخت محرمة لکونها أختا لما مر من أن الحرمة إنما تعلقت علی عنوان الأخت لا علی أم ولد الأخت و إن تلازم العنوانان فی النسب.

الخامسة عشر تحرم فروع المرتضع علی حواشی نسب المرضعة و رضاعها

لکونهم خئولة لأبیهم بلا إشکال و لا خلاف و لا یحرمون علی فروع أولئک الحواشی.

السادسة عشر لا یحرم من فی حاشیة نسب المرتضع علی من فی حاشیة نسب المرضعة

فیجوز لإخوة المرتضع التزویج فی أخوات المرضعة و لإخوة المرتضع علی نفس المرضعة فعدم تحریمهم علی حواشیها أولی و المستند فی الکل عدم الدلیل إذ لم یحدث بینهم بالرضاع عنوان من العناوین المتعلق بها التحریم فی النسب.

السابعة عشر يحرم المرتضع لو كانت أنثى على الفحل إجماعا

لأنها بنته من الرضاع.

الثامنة عشر لا يحرم أصول المرتضع الإناث عن أمهاته و إن علون على الفحل

أما أمة فواضح و أما جداته فكذلك على الأشهر لأن غاية ما حصل بالرضاع كونهن جدات لولده و جدات الولد لا يحرمن على الأب إلا من جهة كونهن جدات النفس الأب أو أمهات أزواجه و لم يحصل بالرضاع شيء من العنوانين في المقام و نسب إلى ابن إدريس تحريم جدة المرتضع على الفحل و هو ضعيف ثم إذا لم تحرم المرتضع على الفحل لم يحرم فروع تلك الأصول عليه فعمة المرتضع و خالته لا تحرمان على الفحل فإن الفرع لا يزيد على الأصل.

التاسعة عشر يحرم فروع المرتضع و إن نزلوا على الفحل لكونهم بمنزلة أحفاده من غير فرق بين فروعه الرضاعية و النسبية

بلا خلاف و لا إشكال في ذلك.

المكاسب، ج۴، ص ۳۸۶

العشرون لا تحرم من في حاشية نسب المرتضع

أعني أخواته على الفحل على الأشهر لعدم الدليل على التحريم عدا ما يتخيل من كونها أخوات لولده و لا يخفى أن التحريم لم يتعلق بهذا العنوان و إنما تعلق بعنوان البنت أو الربيبة اللذين لا ينفك أحدهما عن عنوان أخت الولد في النسب و نسب إلى الشيخ في الخلاف و ابن إدريس تحريم أخت المرتضع على الفحل و هو ضعيف.

الحادية و العشرون يحرم المرتضع على أصول الفحل

لكونهم جدودة له بلا خلاف و لا إشكال.

الثانية و العشرون لا يحرم أصول المرتضع على أصول الفحل

فيجوز لآباء المرتضع أن يتزوجوا في أمهات الفحل و كذا لآباء الفحل أن يتزوجوا في أمهات المرتضع لعدم الدليل إلا تخيل كون أمهات الفحل بمنزلة جدات المرتضع فيحرم على أبيه و على بعض أجداده و كذا أمهات المرتضع بالنسبة إلى آباء الفحل.

الثالثة و العشرون يحرم فروع المرتضع على أصول الفحل لأنهم جدودة له

و قد مر تحريمهم على الفحل لكونهم أحفادا له فيحرمون على آبائه أيضا لأن المحرم على شخص لأجل النسب محرم على آبائه أيضا فكذلك في الرضاع.

الرابعة و العشرون لا يحرم من في حاشية نسب المرتضع على أصول الفحل

لما تقدم من عدم حرمتهم علی نفس الفحل و یجری هنا الخلاف المنسوب إلی ابن إدریس فی تلک المسألة.

الخامسة و العشرون يحرم المرتضع على فروع الفحل نسبا و رضاعا و إن نزلوا

لأنهم إخوة و أولاد إخوة بلا خلاف فی ذلک و یدل علیه بعد الإجماع أخبار کثیرة و لا فرق فی الفروع بین کونهم من مرضعة المرتضع أو من غیرها فلو کان لرجل عشر نساء و کان له من کل منها بنت و ابن من الولادة و أرضعت کل واحدة منهن غلاما أو جاریة بلبن ذلک الفحل حرم الذکور العشرون علی البنات العشرین.

السادسة و العشرون يحرم أصول المرتضع على فروع الفحل

أعنی المتولدین منه و إن لم یقتضه القاعدة من جهة أن فروع الفحل لم یزیدوا علی أن صاروا إخوة لولد أصول المرتضع و لا دلیل علی تحریم إخوة الولد من حیث إنهم إخوة الولد و لهذا قیل هنا بعدم التحریم إلا أن الأظهر التحریم لصحیحة علی بن مهزیار قال: سأل عیسی بن جعفر بن عیسی أبا جعفر الثانی عن امرأة أرضعت لی صبیا هل یحل أن أتزوج ابنة زوجها فقال ما أجود ما سألت من هنا یؤتی أن یقول الناس حرمت علیه امرأته من قبل لبن الفحل هذا لبن الفحل لا غیره فقلت له الجاریة لیست ابنة المرأة التی أرضعت لی بل ابنة غیرها فقال لو کن عشرا متفرقات ما یحل لک شیء منهن و کن فی موضع بناتک و الروایة و إن اختصت بتحریم ولد الفحل علی أب المرتضع إلا أن تحریمهم علی أمه أیضا ثابت بالإجماع المرکب ظاهرا مع أن کونهم بمنزلة بنات أب المرتضع یستلزم کونهم بمنزلة أبناء أمه ثم إن ظاهر الروایة کما تری مختص بفروع الفحل نسبا و یلحق بهم فروعه رضاعا و لعله لقاعدة یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب فإذا حرم ولد الفحل نسبا علی أصول المرتضع حرم ولده رضاعا و لأن منشأ صیرورتهم أولادا لأصول المرتضع إخوته لولدهم و لا فرق بین الأخوة النسبیة و الرضاعیة.

السابعة و العشرون يحرم فروع المرتضع نسبا و رضاعا و إن نزلوا على فروع الفحل نسبا و رضاعا

و المرتبة الأولی لأنهم عمومة لفروع المرتضع و أما فروع الفحل فی غیر المرتبة الأولی فلا یحرمون علی فروع المرتضع.

الثامنة و العشرون لا یحرم من فی حاشیة نسب المرتضع

و هم إخوته و أخواته علی فروع الفحل لأنهم لم یزیدوا علی أن صاروا بالرضاع إخوة لأخی أولئک و إخوة الأخ لیست موجبة للتحریم إذ قد یتزوج أخ الرجل لأبیه أخته لأمه و لو قید بالأخ من الأبوین فلا یوجب التحریم و إنما یحرم إخوة الأخ للأبوین من جهة کونهم إخوة و لم یحصل بالرضاع هذا العنوان فالحاصل بالرضاع غیر موجب للتحریم و الموجب للتحریم غیر حاصل خلافا للشیخ و جماعة فحکموا بالتحریم لأن صیرورة الفروع بمنزلة الأولاد لأصول المرتضع بحکم صحیحة ابن مهزیار المتقدمة یستلزم کونهم إخوة لإخوة المرتضع فیحرمون علیهم و قد سبق فی المسألة الثانیة عشر أن هذا القول لا یخلو عن قوة.

التاسع و العشرون يحرم المرتضع على من في حاشية نسب الفحل أو رضاعه

لأنهم عمومة له و هذا مما لا إشکال فیه و لا خلاف

الثلاثون لا يحرم أصول المرتضع على من في حاشية نسب الفحل

إذ لا يحدث بينهم بالرضاع رابطة من الروابط المحرمة.

الواحد و الثلاثون يحرم فروع المرتضع نسبا و رضاعا و إن نزلوا

على من فی حاشیة الفحل نسبا أو رضاعا لأنهم عمومة لأبيهم و يحل لهم فروع أولئك الحواشی.

الثانی و الثلاثون لا يحرم من فی حاشية نسب المرتضع على من فی حاشية نسب الفحل

لأن حواشی المرتضع لا تحرم على نفس الفحل فأولى بأن لا تحرم على حواشيه و يجیء على القول المنسوب إلى ابن إدريس من تحريم أخت المرتضع على الفحل تحريمها على إخوته لكنه لا دليل عليه.

و ينبغی التنبيه على أمور

الأول حيث عرفت أن الضابط فی حصول الحرمة بالرضاع ملاحظة الرابطة النسبية التی علق عليها التحريم

فإن حصل بالرضاع نظيرها ثبتت الحرمة و إلا فلا إلا ما خرج بالدليل كما عرفت فی المسألة العاشرة و السادسة و العشرين و لا عبرة بأن يحصل بالرضاع رابطة مغايرة للرابطة المعلق عليها التحريم مقارنة معها فی الوجود دائما أو فی بعض الأحيان و ما دل على خروج المسألتين السابقتين أو نحوهما عن هذه الضابطة لا يعطی ضابطة كلية لتحريم كل عنوان ملازم فی النسب لعنوانات التحريم بل يقتصر على مورده و التعدی قياس لا نقول به. فاعلم أنه لا فرق فی الرابطة النسبية التی يكون نظيرها الحاصل بالرضاع محرما بين أن يكون التحريم المعلق عليها لأجل وجودها بين نفس المحرم و المحرم عليه و يسمى بالمحرم النسبی كما فی المحرمات السبع النسبية و بين أن يكون التحريم لأجل وجودها بين المحرم و زوج المحرم عليه أو من فی حكمه و يسمى بالمحرم لأجل المصاهرة و هی عبارة عن علاقة تحدث بين كل من الزوجين و أقرباء الآخر كأم الزوجة مثلا فإن التحريم علق على أمومة الزوجة و هی رابطة نسبية بين المحرم و هی الأم و بين زوجة المحرم عليه و كأم المزنی بها و الموطوءة بالشبهة و غيرهما و تسمية الأول بالمحرم لأجل النسب و الثانی بالمحرم لأجل المصاهرة باعتبار ملاحظة العلاقة الكائنة بين نفس المحرم و المحرم عليه و أنها قد تكون نفس الرابطة النسبية المعلق عليها التحريم فی المحرمات السبع و قد يكون أمرا حاصلا منها كما فی المحرمات بالمصاهرة و لكن التحريم فی الكل معلق على الرابطة

المكاسب، ج۴، ص ۳۸۷

النسبية أما فی المحرمات السبع فظاهر و أما فی المحرمات بالمصاهرة فلأن تحريم أم الزوجة لم تتعلق فی الكتاب و السنة على علاقة المصاهرة التی بينها و بين الزوج و إنما علق على الرابطة النسبية التی بينها و بين زوجة الزوج و هی الأمومة و كذا غيرها و من هنا ظهر فساد ما ربما يسبق إلى الوهم من أن قوله ص: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إنما يدل على تحريم نظائر المحرمات السبع الحاصلة بالرضاع و لا يدل على تحريم نظائر المحرمات بالمصاهرة إذا حصلت بالرضاع كمرضعة الزوجة و رضيعتها و نحوهما لأن هؤلاء لا يحرمون من النسب حتى يحرم نظائرها من الرضاع و إنما يحرم من أجل المصاهرة. توضيح الفساد مضافا إلى ما ذكر أن المصاهرة و هی العلاقة الحاصلة بين كل من الزوجين و أقرباء الآخر ليس مما علق عليها التحريم و إنما علق على الرابطة النسبية التی هی منشأ لانتزاعها فتحرم أم الزوجة على الزوج أيضا من جهة النسب الحاصل بين المحرم و المحرم عليه بل النسب الحاصل بين المحرم و زوجة المحرم عليه و عمدة ما يوقع فی هذا الوهم توهم أن المراد بالنسب فی الحديث خصوص النسب الحاصل بين المحرم

و المحرم عليه نظير ما اصطلحوا عليه من قولهم سبب التحريم إما نسب و إما مصاهرة حيث يجعلون المصاهرة قسيما للنسب و لا يخفى أنه لا داعى إلى تقييد النسب فى الحديث بهذا الفرد الخاص بل المراد به أن كل ما يحرم على شخص من جهة نسب حاصل بينهما أو من جهة نسب حاصل بين أحدهما و زوج الآخر و من فى حكمه فيحرم نظيره من جهة الرضاع الحاصل بينهما أو بين أحدهما و زوج الآخر أو من فى حكمه. و حاصل معناه بعبارة أضبط كل رابطة نسبية ثبت من جهتها تحريم شخص على آخر فيثبت التحريم أيضا من جهة نظيرها الحاصل بالرضاع فإذا ورد أمهات الأزواج محرمة فنقول إن التحريم تعلق بالنساء المتصفات بالأمومة للزوجات و هى رابطة نسبية علق عليها التحريم فإذا حصل نظيرها بالرضاع يحصل الحرمة للحديث المذكور فظهر أنه كما يصدق على أم الرجل أنها محرمة عليه من جهة النسب أى من جهة رابطة النسبية حيث إنها حرمت عليه بعنوان كونها أما له فكذلك يصدق على أم زوجته أنها محرمة عليه من جهة النسب حيث إنها حرمت عليه من جهة كونها أما لزوجته فالموضوع فى كل من الحكمين معنون بعنوان الأمومة إلا أنها فى الأول بين المحرم و المحرم عليه و فى الثانى بين المحرم و زوج المحرم عليه و من هنا تراهم يتمسكون فى تحريم مرضعة الغلام الموقب و رضيعته على الموقب بالحديث المذكور و إلا فأى نسب بين المرضعة و الموقب. و مما ذكرنا ظهر ما فى استشكال صاحب الكفاية الحكم بإلحاق الرضاع بالنسب فى الرابطة النسبية الموجودة بين أحد الزوجين و أقرباء الآخر الموجدة لعلاقة المصاهرة بين الزوجين فى ثبوت أحكام المصاهرة بالنسبة إلى أحد الزوجين و بعض ذوى الرابط الرضاعية للآخر و أنه إن كان الإجماع على ذلك فهو و إلا ففى دلالة الحديث المشهور على ذلك إشكال و قد عرفت أنه لا إشكال فى المسألة أصلا بحمد الله و سبحانه.

الثانى أن الرضاع كما يؤثر فى ابتداء النكاح يؤثر فى استدامته

فكل رضاع يمنع من النكاح إذا سبقه يبطله إذا لحقه بلا خلاف فيه على الظاهر و يدل عليه إطلاق الحديث المشهور:
يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب و خصوص بعض الأخبار الواردة فى بعض فروع المسألة منها حسنة الحلبى بابن هاشم عن أبى عبد الله ع قال: لو أن رجلا تزوج جارية فأرضعتها امرأته فسد نكاحه و رواها فى الفقيه بسند صحيح عن أبى جعفر ع بتفاوت يسير و نحوها حسنته الأخرى عنه ع و يترتب على ذلك أنه إذا تزوج برضيعة فأرضعتها بعض نساء آبائه و إن علو أو أولاده و إن نزلوا أو إخوته أو أخواته حرمت عليه و كذا لو أرضعتها زوجته الكبيرة بلبنه كما فى الأخبار السابقة و تحرم الكبيرة أيضا مؤبدا و لو أرضعتها بلبن غيره فإن دخل بالكبيرة حرمت عليه أيضا و إن لم يدخل بها حرمت الكبيرة مؤبدا و حرمت الصغيرة جمعا بمعنى جواز تجديد العقد عليها بعد بطلان النكاح الأول و الوجه فى بطلان نكاحهما عدم جواز الحكم بصحة نكاحهما و لا بصحة نكاح أحدهما لأنه ترجيح من غير مرجح. و استشكل فى الحكم صاحب الكفاية من حيث احتمال القرعة و هو ضعيف و لو أرضعت زوجته الصغيرة إحدى الكبيرتين بلبنه ثم أرضعتها الأخرى حرمن جمع و حكى عن الإسكافى و الشيخ أنه تحرم المرتضعة و أولى المرضعتين و لعل وجهه أن أم الزوجة المحرمة هى من زوج ابنته بأن تتصف ابنته بالزوجية بمعنى تصادق عنوان البنتية و الزوجية فى زمان من الأزمنة حتى يصدق على أمها فى ذلك الزمان أم الزوجة و هاهنا ليس كذلك لأن المرضعة الثانية إنما صارت أما بعد ما انفسخ عقد الصغيرة فحصلت صفة البنتية للصغيرة بعد زمان الزوجية. و يؤيده ما رواه فى الكافى بسند ضعيف بصالح بن أبى حماد عن على بن مهزيار و رواه عن أبى جعفر ع: قيل له إن رجلا تزوج بجارية صغيرة فأرضعتها امرأته ثم أرضعتها امرأة له أخرى فقال ابن شبرمة حرمت عليه الجارية و امرأتاه فقال أبو جعفر ع أخطأ ابن شبرمة حرمت عليه الجارية و امرأته التى أرضعتها أولا و أما الأخيرة فلا تحرم عليه نكاحها لأنها أرضعت ابنته و لا يبعد العمل بها لموافقتها للأصل ثم إنه كلما حكم بفساد عقد الصغيرة بالرضاع فإن كان الرضاع بسبب مختص بها بأن سعت إلى الكبيرة و هى نائمة و ارتضعت الرضاع المحرم. فقد صرح فى الشرائع و التحرير و المسالك بسقوط مهرها و يحتمل عدم السقوط لأن المهر ثبت بالعقد و لا دليل على سقوطه بفعل الصغيرة الذى حصل منها من غير قصد و تمييز و إن كان بسبب مختص بالكبيرة بأن تولت إرضاعها و كان لها مهر مسمى غرمه الزوج و قيل يغرم نصفه كالطلاق و هو محكى عن الشيخ و جماعة و

لا دلیل علیه بناء علی ملک الزوجة لکمال المهر بالعقد و فی رجوع الزوج الغارم إلی المرضعة إشکال و لا یبعد عدم الرجوع فیها إذا کان الإرضاع واجبا علیها لفقد من یرضعها بما یسد رمقها لأنه حینئذ مأمور به فلا یتعقبه ضرر الضمان و الأقوی عدم الرجوع لعدم الدلیل و نظائره کثیرة کما لو قتلت الزوجة أو ارتدت بعد الدخول أو أرضعت من ینفسخ نکاحها بإرضاعه فإن المهر ثابت فی جمیع الصور علی الزوج و لا یرجع بعد غرامته إلی أحد نعم مقتضی قاعدة نفی الضرر رجوع الزوج بما یغرمه و إن لم نقل بضمان البضع فإن مقتضی ضمانه الرجوع إلی مهر المثل أو نحوه لا ما یغرمه و عدم الرجوع فی الأمثلة المذکورة و لهذا یغرم الشهود إذا رجعوا عن شهادتهم بطلاق الزوج الأول للمرأة المهر للثانی. و یؤیدها ما رواه فی الفقیه بسند ضعیف عن داود بن الحصین عن عمر بن حنظلة عن أبی عبد الله ع قال: سألته عن رجل قال لآخر اخطب لی فلانة فما فعلت شیئا مما

المکاسب، ج۴، ص ۳۸۸

قاولت من صداق أو ضمنت من شیء أو شرطت فذلک لی رضا و هو لازم لی و لم یشهد علی ذلک فذهب فخطب له و بذل عنه الصداق أو غیره مما طالبوه و سألوه فلما رجع إلیه أنکر ذلک کله قال یغرم لها نصف الصداق عنه و ذلک أنه هو الذی ضیع حقها إذ لم یشهد علیه بذلک الذی قال دل بعموم التعلیل علی أن التضییع سبب للغرامة و قد حصل فیما نحن فیه من المرضعة الغرور.

الثالث [ما حکی عن المحقق الثانی عن بعض الطلبة القول بنشر الحرمة بالرضاع فی صور کثیرة]

اشارة

اعلم أنه قد حکی شیخنا المحقق الثانی فی رسالته الرضاعیة عن بعض الطلبة القول بنشر الحرمة بالرضاع فی صور کثیرة و نسب ذلک إلی اشتباههم و ذکر أنه لا مستند لهم فی ذلک و أنهم زعموا أن ذلک من فتاوی شیخنا الشهید و لیس لهم إسناد یتصل بشیخنا فی هذا الفتوی ثم قال نعم اختلف أصحابنا فی ثلاث مسائل قد یتوهم منه القاصر عن درجة الاستنباط أن یکون دلیلا لشیء من هذه المسائل أو شاهدا علیها إلی أن قال إن المسائل المتصورة فی هذا الباب کثیرة لا تنحصر و الذی سنح لنا الآن ذکره خارجا عن المسائل الثلاث المشار إلیها صور ثم ذکر الصور ثم عقبها بذکر المسائل الثلاث التی ذکر أنه اختلف فیها الأصحاب.

أقول إن هذا المتوهم قد استند فی دعوی النشر إلی عموم المنزلة فی الرضاع المشهور فی الألسنة و حاصل تفسیره أنه إذا حصل بالرضاع عنوان مصادف لعنوان الذی تعلق به التحریم فی النسب حکم بتحریمه و إن لم یحصل بالرضاع نفس ذلک العنوان المنوط به التحریم مثلا إذا أرضعت امرأتک ولد بنتک فقد صارت المرضعة أما لولد ابنتک و أم ولد البنت حیث إنه عنوان مصادف فی النسب لعنوان البنت محرمة فإذا حصلت هذا العنوان بإرضاع امرأتک ولد بنتک تحقق التحریم و بطلان نکاح الجد و المرضعة و إن لم یتحقق عنوان البنتیة و هکذا فها أنا أذکر المسائل الثلاث التی ذکر المحقق أنه مما تعرض له الأصحاب و اختلفوا فیها ثم أذکر غیرها من الصور التی ذکر أن القول بالتحریم فیها توهم و أنه لیس به قائل معروف بین الأصحاب و أن نسبته إلی الشهید غیر ثابتة فنقول

أما المسائل المختلف فیها

فإحداها حرمة جدات المرتضع علی صاحب اللبن

اختلف فیها الأصحاب علی قولین و قریب منه أم المرضعة وجدتها بالنسبة إلی أب المرتضع. و قد تقدم فی المسألة الثانیة عشر نسبة القول بتحریم جدات المرتضع علی الفحل إلی ابن إدریس و عزی هذا القول إلی جماعة من الأصحاب و قد عرفت فی تلک المسألة

أنه لا وجد للتحريم عدا توهم صيرورة جدات المرتضع جدات لولد الفحل و جدة الولد محرمة لكونها أما أو أم زوجة و كلتاهما محرمتان و مثل هذا جار فی أم المرضعة وجدتها بالنسبة إلى أب المرتضع و مرجع هذا الاستدلال إلى دعوى عموم المنزلة فی الرضاع التی ذكرنا تفسيره قريبا و أثبتنا فساده لعدم الدليل عليه فی المسألة الثانية من المسائل المتقدمة.

و ثانيتها أخوات المرتضع نسبا و رضاعا بشرط اتحاد الفحل هل يحللن للفحل أم لا

و قد حكى عن الشيخ و ابن إدريس القول بالتحريم و لعله لأنهن بمنزلة ولده كما أن أولاد الفحل بمنزلة ولد أب المرتضع لصحيحة على بن مهزيار المتقدمة. و قد عرفت فی المسألة العشرين من المسائل المتقدمة ضعف هذا القول لأن الحكم بكون أولاد الفحل و المرضعة بمنزلة ولد أب المرتضع لا- يقتضى الحكم بكون أولاد أبوى المرتضع بمنزلة أولاد الفحل بل غاية ما حصل من ارتضاع أخيهم بلبنه هو كون أخيهم بمنزلة ولده فهم إخوة ولده و أخ الولد لا يحرم إلا إذا كان ولدا.

و ثالثها أولاد صاحب اللبن ولادة و رضاعا و أولاد المرضعة ولادة هل تحرم على أب المرتضع.

و قد عرفت فی المسألة العاشرة و السادسة و العشرين أن الأصح التحريم للأخبار المتقدمة فی المسألتين و إن كان القاعدة لا تقتضى التحريم نظرا إلى أنه لم يحصل بالرضاع إلا أخوة أولاد صاحب اللبن و المرضعة للمرتضع فهم إخوة ولد لأب المرتضع و أخ الولد لا يحرم إلا إذا صدق الولد عليه إما من النسب و إما من الرضاع لكن الأخبار المتقدمة قد دلت على أنهم بمنزلة ولده فهذه المسائل الخلافية التی ذكرها المحقق فی الرسالة و صرح فی غير الأخيرة بعدم التحريم. أقول هنا مسألة رابعة اختلف فيها و هی مسألة تحليل أولاد صاحب اللبن نسبا و رضاعا و أولاد المرضعة نسبا على إخوة المرتضع الذين لم يرتضعوا بلبن ذلك الفحل.

و أما المسائل التی ذكرها و نسب القول بالتحريم فيها إلى الوهم

اشارة

فهی ثلاثة عشر مسألة

الأولى أن ترضع المرأة بلبن فحلها

الذی هی فی نكاحه حين الإرضاع أخاها أو أختها لأبويها أو أحدهما فيقال إن ذلك موجب لتحريم المرضعة على زوجها من جهة أن المرتضع صار ولدا للفحل و المرضعة فهی أخت ولد الفحل و أخت الولد محرمة من النسب فكذا من الرضاع.
و بعبارة أخرى الفحل يصير أبا رضاعا لأخ الزوجة أو أختها و كما أن أباهما النسبی محرم عليها فكذا الرضاعی و الحق أنه توهم كما ذكره شيخنا المحقق لما مر فی المسألة العشرين من المسائل المتقدمة من عدم تحريم من حاشية نسب المرتضع على الفحل و أن الخلاف هنا محكى عن الشيخ و ابن إدريس و هو ضعيف لكن يرد على شيخنا المحقق أن هذه المسألة هی ثانية المسائل التی ذكر فيها الخلاف بين الأصحاب فإن تحريم المرضعة فی الفرض المذكور على زوجها مبنى على تحريم أخوات المرتضع على الفحل و هی عين المسألة الثانية من الثلاث المتقدمة. نعم لو كان قولهم التحريم ناشئا عن غير ما ذكر فی توجيهه مثل صيرورة المرضعة أما لأخ الزوجة من أمها و هی محرمة على الزوج أمكن كونها بهذا الاعتبار مسألة خارجة عن المسائل الثلاث.

الثانية

أن ترضع الزوجة المذكورة ولد أخيها.

الثالثة أن ترضع ولد أختها

فقد يتوهم التحريم فی هاتين المسألتين من جهة صيرورة المرضعة عمه أو خالة لولد الفحل من الرضاع و عمة الولد محرمة جمعا و لأن الفحل فی المسألة الأولی أب رضاعی لولد أخ المرضعة فكما أن الأب النسبی لولد أخيها محرمة عليها لأنه أخوها فكذا الأب الرضاعی له و لا يخفی أيضا فساد التوهمين لأن عمة الولد إنما يحرم لكونها أختا فإذا تحقق بالرضاع علاقة الأختية تحقق التحريم و قد عرفت ذلك فی المسألة الثانية عشر و كذا الكلام فی الأب النسبی لولد الأخ فإنه لا يحرم إلا لأجل عنوان الأخوة و أما خاله الولد فتحريمها علی الأب مما لا يتفوه به أحد إذ لم يحصل الجمع بين الأختين الذی هو مناط تحريم خاله الولد. نعم يصدق علی المرضعة أنها أم للمرتضع و خالته و الجمع بين الأختين المحرم هو أن يكون للشخص امرأتان يصدق علی إحداهما أنها أم لولده و علی الأخری أنه خاله لولده لا أن يكون له امرأة واحدة يصدق عليها أنه أم ولده و خالته و قد حكی عن السيد الداماد الجزم بالتحريم فی المكاسب، ج۴، ص ۳۸۹
هذه الصورة و هو بعيد

الرابعة أن ترضع الزوجة المذكورة ولد ولدها ابنا كان أو بنتا

و مثله ما لو أرضعت إحدی زوجيته و ولد ولد الأخری فيقال هنا بتحريم المرضعة فی الفرض الأول و ضرتها فی الفرض الثانی علی زوجهما من جهة صيرورتها جدة ولدها و جدة الولد محرمة علی الأب لأنها إما أم و إما أم الزوجة و كلتاهما محرمتان و الأقوی فی هذه أيضا عدم التحريم كما نبهنا عليه فی المسألة الثانية عشر من أن أصول المرتضع لا يحرمن علی الفحل ثم إن هذه المسألة أول المسائل الثلاث الخلافية التی ذكرها شيخنا المحقق أعنی تحريم جدات المرتضع علی الفحل و قد يستند التحريم فی هذه المسألة مع كون المرتضع ولد بنت الفحل إلی صيرورة المرضعة أما لولد بنته و أم ولد البنت من النسب محرمة لكونها بنتا فكذا تحرم من الرضاع و فيه ما مر فی المسألة الثانية.

الخامسة

أن ترضع الزوجة المذكورة عمها أو عمتها.

السادسة أن ترضع خالها أو خالتها

فيقال إن الزوجة تصير بالإرضاع إما لعمها أو لعمتها أو خالها أو خالتها و أم عم الزوجة أو عمتها أو خالها أو خالتها محرمة علی الزوج لأنها جدة الزوجة لأمها أو لأبيها أو أن الزوجة تصير بإرضاع زوجته لهؤلاء أبا لهم من الرضاع و هذه الزوجة تحرم علی أبيهم من النسب لأنه جدها فتحرم علی أبيهم من الرضاع و يظهر الجواب عن الوجهين بما مر مرارا فإن أم عمومة الزوجة و خئولتها إنما حرمت علی الزوج من جهة الدخول فی أمهات النساء و لم يحصل هذا العنوان للمرضعة و كذا يحرم المرأة علی أب عمومتها و خئولتها لأجل كونه جدا لها و لم يحصل عنوان الجدودة للفحل بالرضاع و اعلم أن هذه المسألة من فروع المسألة الأولی لأن أخوات المرتضع إذا حرمت علی الفحل من جهة كونهن كالأولاد له حرمت عليه أولادهن و هذه المرضعة تصير من أولاد الإخوة و قد عرفت أن تلك المسألة من المسائل الخلافية فلا وجه لعد هذه المسألة مسألة أخری غير المسألة الأولی كما لا وجه لعد كلتيهما خارجة عن المسائل الخلافية.

السابعة

أن ترضع الزوجة المذكورة ولد عمها أو عمتها.

الثامنة أن ترضع ولد خالها أو خالتها

فقال في صورة إرضاع ولد العم أو الخال إن الفحل يصير أبا لهذا الولد فيحرم على المرضعة لأنه إما أبو ولد عمها أو أبو ولد خالها و كلاهما محرمان عليها و إن الأول عمها و الثانى خالها و أما إرضاع الزوجة ولد خالتها أو عمتها فلم أعثر فيه على ما يوجب توهم التحريم فيه إلا- إذا قلنا بحرمة الجمع بين المرأة و ابنة أخيها أو أختها مطلقا حتى مع إذنها و حينئذ فيجرى فيه التوهم الذى جرى فى المسألة الثالثة من إرضاع الزوجة ولد أختها فراجع. و قد صرح بعض من جزم بالنشر فى صورة إرضاع ولد العم و الخال بعدم النشر فى إرضاع ولد العمة و الخالة و يظهر الكلام فى فساد توهم الحرمة هنا مما مر مرارا.

التاسعة أن ترضع الزوجة المذكورة أخ الزوج أو أخته

فيقال إن المرضعة صارت أم أخيه لأبويه أو أخته كذلك و هى محرمة لكونها أما و فيه أن حرمة أم الأخ للأبوين فى النسب لعلاقة الأمومة بينهما و نظيرها لم يحصل بالرضاع و إنما حصل به أمومة الأخ و لم يتعلق التحريم بالنسب به.

العاشرة أن ترضع ولد ولد الزوج فيقال إنها صارت أما لولد ولده

و أم ولد الولد محرمة لكونها إما بنتا و إما زوجة ابن و فيه أن شيئا من عنوانى البنت و زوجة الابن لم يحصل بالرضاع مع أن حصول زوجية الابن لا يجدى لأن الزوجية لا تثبت بالرضاع إجماعا.

الحادية عشر أن ترضع ولد أخيه أو ولد أخته

و لا يخفى أنه ليس فى إرضاع ولد الأخ هنا ما يوجب التوهم لأن المرضعة لم تزد على أن صارت أما لولد أخى زوجته و أم ولد الأخ ليس حراما على الشخص. نعم يقال فى فرض إرضاع ولد الأخت إنما تصير أم ولد الأخت و هى محرمة لكونها أختا و فيه أن أم ولد الأخت ليست محرمة إلا لعنوان الأخوة الغير الحاصلة بالرضاع.

الثانية عشر

أن ترضع عم الزوج أو عمته.

الثالثة عشر أن ترضع خال الزوج أو خالته

فيقال إن المرضعة حيث إنها صارت إما لعمومه الزوج أو خئولته حرمت عليه لكونها جدة له و فيه ما مر غير مرة و حاصله أنه لم يثبت من أدلة إلحاق الرضاع بالنسب إلا أن الرضاع فرع النسب فكل علاقة حصلت بالرضاع إنما توجب الحرمة إذا كان نظيرها الحاصل بالنسب موجبا للحرمة إذ لا يعقل أن يثبت الحرمة لأجل علاقة رضاعية و لو فرض حصولها بالنسب لم يوجب التحريم لأن هذا مناف لفرعية الرضاع و أصالة النسب فنقول فى هذه الصورة الثالثة عشر لم يحصل بالرضاع إلا علاقة الأمومة بين المرضعة و عمومة الزوج أو

خئولته و نظيرها الحاصل بالنسب ليس موجبا للتحريم لأن الأم النسبية للعمومة و الخئولة لا تحرم على الشخص من حيث أمومتها لعمومته أو خئولته بل من حيث علاقة جدودتها له فلا يحكم بالحرمة فى الرضاع إلا إذا حصلت هذه العلاقة لا علاقة مستلزمة لها لا دخل لها فى التحريم و لو حصلت من جهة النسب كما مر مرارا فراجع. الحمد لله أولا و آخرا

المكاسب، ج۴، ص ۳۹۰

۸- رسالة فى التحريم من جهة المصاهرة

الباب الأول فى المصاهرة

و هى علاقة تحدث بين كل من الزوجين و أقرباء الآخر توجب حرمة النكاح من عقد على امرأة حرم عليه أمها و إن علت تحريما مؤبدا و إن لم يدخل بالمعقودة على المشهور بل عن الروضة أنه كاد يكون إجماعا. و فى الرياض أن عن الناصريات و الغنية دعوى الإجماع عليه لعموم قوله وَ أُمَّهاتُ نِسائِكُمْ السليم عن معارضة ما يصلح لتخصيصه عدا ما يتراءى من احتمال كون القيد فى قوله مِنْ نِسائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ راجعا إلى هذه الجملة كما يرجع إلى الربائب اتفاقا فيسقط ذلك عن الحجية و ما يتوهم من الاتكال على بعض الروايات فى تخصيص الآية و شىء منهما لا يقدح فى ظهورها أما القيد الراجع إلى الربائب فلأن إرجاعه إلى قوله وَ أُمَّهاتُ نِسائِكُمْ موجب لاستعمال كلمة من فى معنيين لأنها بالنسبة إلى الربائب ابتدائية و بالنسبة إلى قوله وَ أُمَّهاتُ نِسائِكُمْ لو رجع إليه بيانية و هو غير جائز و لو استعملت فى القدر المشترك و هو مطلق الاتصال كان به مخالفا لظهورها فى الابتداء و أما الرواية فلا تصلح مخصصة لمعارضتها بأكثر منها و أشهر و أقوى.

و منها المحكى عن تفسير العياشى عن أبى حمزة عن مولانا الباقر ع: أنه سئل عن رجل تزوج امرأة و طلقها قبل أن يدخل بها أ تحل له ابنتها قال فقال قد قضى فى ذلك أمير المؤمنين ع لا بأس به إن الله يقول وَ رَبائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلا جُناحَ عَلَيْكُمْ و لو تزوج الابنة ثم طلقها قبل أن يدخل بها لم تحل له أمها قال قلت له أ ليس هما سواء قال فقال لا ليس هذه مثل هذه إن الله عز و جل يقول وَ أُمَّهاتُ نِسائِكُمْ لم يستثن فى هذه كما اشترط فى ذلك هذا هنا مبهمة ليس فيها شرط و ذلك فيها شرط فكذلك و قد استنهض بعض المعاصرين بهذه الرواية على رجوع القيد الواقع عقيب الجمل المتعددة إلى الأخيرة نظرا إلى استدلال المصنف بإطلاق غير الأخيرة و فيه نظر لجواز كون الوجه فى إطلاقها عدم صلاحيته برجوع القيد إليها كما عرفت. و محل النزاع فى المسألة الأصولية فيما إذا صلح القيد لغير الأخيرة أيضا و كيف كان فالمحكى عن العمانى من اشتراط الدخول فى المعقودة فى تحريم أمها ضعيف جدا و إن صحت روايته و يحرم أيضا بالعقد عليها بناتها و إن نزلن لكن مع عدم الدخول إنما تحرم جمعا بمعنى تحرم الجمع بينها و بينهن لا عينا فإن دخل بالأم حرمن مؤبدا بقوله تعالى وَ رَبائِبُكُمُ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ و يدل عليه الروايات المستفيضة و تحرم المعقود عليها و إن لم يدخل بها على أب العاقد و إن علا لعموم وَ حَلائِلُ أَبْنائِكُمُ و على ابنه و إن نزل و يدل عليه صحيحة محمد بن مسلم و فيها بعد الاستدلال على حرمة أزواج النبى ص على الحسن و الحسين ع بقوله و لا تنكحوا ما نكح ءاباؤكم من النساء إنه لا يصلح للرجل أن ينكح امرأة جده و لو وطئ أحدهما زوجة الآخر لشبهة لم تحرم الموطوءة على الزوج لأصالة بقاء الحل و فحوى ما فى الروايات من أن الحرام لا يحرم الحلال و للرواية فيمن عقد على أم زوجته و وطئها بشبهة و قيل يحرم على الابن زوجته إذا وطئها أبوه بشبهة لعموم قوله تعالى وَ لا تَنْكِحُوا ما نَكَحَ آباؤُكُمْ مِنَ النِّساءِ بناء على أن النكاح هو الوطى و كذا لا تحرم الزانية على أب الزانى و ابنه و له النكاح مطلقا على رأى نسب إلى الأكثر لاستصحاب صحة العقد عليها قبل الزنى و لا يعارضه استصحاب حرمة الوطى و النظر قبل العقد لأنا إذا ثبتنا صحة العقد بالاستصحاب لزمها ترتيب الآثار و لعموم قوله تعالى وَ أُحِلَّ لَكُمْ ما وَراءَ ذلِكُمْ و لما دل من الروايات على عدم تحريم أم المزنى بها و بنتها على الزانى بناء على عدم

الفرق بين أصول الزانى و المزنى بها و فروعهما فى نشر الحرمة و عدمه خلافا للمحكى عن الأكثر فيحرم لرواية ابن أبى عمير عن أبى بصير و رواية على بن جعفر عن أخيه ع و موثقة عمار و كذا لا تحرم أم المزنى بها و لابنتها و إن تقدم لما مر من الأصل.
و العموم مضافا إلى رواية هشام بن المثنى و حسن بن سدير و حنان بن أسد و رواية سعيد بن يسار و مرسلة ابن رباط و الأوليان تقبلان الحمل على ما إذا وقع الفجور بعد العقد بخلاف الأخيرتين لكنهما معارضتان بغيرهما مما دل على التحريم كصحاح محمد بن مسلم و عيص بن القسم و منصور بن حازم فلا بأس بحملهما على ما إذا لم يحصل الزنى و يراد بلفظ الفجور فيهما مثل اللمس و القبلة و نحوهما على ما ذكره الشيخ فى التهذيب و استثنى من قال بعدم تحريم بنت المزنى بها صورتين أشار إليهما المصنف قدس سره بقوله على أن يزنى بعمته أو خالته فإن بنتها تحرمان أبدا بلا خلاف و لكن النص مختص بالخال ثم إن الخلاف المتقدم فيما أن سبق الزنى على العقد و إن لم يسبق على الوطى و إلا يسبق على العقد و إن سبق على الوطى فلا يحرم إجماعا للأخبار المستفيضة الدالة على أنه لا يحرم الحرام و الحلال. نعم فى بعض الروايات اشتراط عدم التحريم بتأخر الزنى عن الوطى كرواية أبى الصباح و مفهوم الحصر فى رواية عمار و كذا لا يحرم لأجل الوطى بالشبهة تزويج الموطوءة على أب الواطئ و ابنه و لا على الواطئ أمها و بنتها على رأى المصنف و جماعة قدس أسرارهم و إن لحق به النسب للأصل و عموم وَ أُحِلَّ لَكُمْ ما وَراءَ ذلِكُمْ. نعم من قال بالنشر فى الزنى فالقول به هنا أولى و النظر إلى ما يحرم على غير المالك للنظر لأجل الملك أو العقد أو التحليل النظر إليه و كذا لمسه لا ينشر الحرمة و إن كان الناظر أبا أو ابنا على رأى المصنف و شيخه المحقق قدس سرهما للأصل و العموم و خصوص رواية على بن يقطين و عن الشيخ و أتباعه النشر على الأب و الابن لعموم وَ حَلائِلُ أَبْنائِكُمُ و لصحيحة ابن بزيع: إن جردها فنظر إليها بشهوة حرمت على أبيه و ابنه و نحوها المحكية عن الفقيه. و عن المفيد تخصيص الحرمة بمنظورة الأب لصحيحة محمد بن مسلم: إذا جرد الرجل الجارية و وضع يده عليها فلا تحل لابنه و لا يخفى قصورها عن إفادة الاختصاص و عن الإسكافى و الشيخ فى الخلاف تحريم أم المنظورة و الملموسة و بنتها على الفاعل لعموم النبويين: لا

المكاسب، ج۴، ص ۳۹۱

ينظر الله إلى من نظر إلى فرج امرأة و بنتها و فى الآخر: من كشف قناع امرأة حرمت عليه أمها و بنتها و الصحيحة يدل على أنه إذا رأى من المعقودة ما يحرم على غيره حرمت عليه بنتها و الكل ضعيف سندا و إفادة و القول الثانى لا يخلو عن قوة و حكم الرضاع فى جميع ذلك الذى ذكرنا من موارد الوفاق و الخلاف كالنسب بلا خلاف ظاهر لعموم: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب فإن معناه كما مر أن العلاقة الحاصلة بسبب الرضاع كالحاصلة بالنسب و كما أن العلاقة النسبية الثابتة بين الزوجة و أمها أوجبت حرمة الأم على الزوج فكذلك الرضاعية الحاصلة بين الزوجة و بين مرضعتها و الحاصل أن العلاقة الحاصلة من الرضاع بمنزلة نظيرها الثابت بالنسب فمرضعة الزوجة أم و بناتها أخوات و كذا مرضعة الزوج و أصولها فلا يقال إن حرمة هؤلاء النسوة بالمصاهرة لا يوجب حرمتها فى الرضاع لأن الرضاع إنما حرم منه ما حرم من النسب لا من المصاهرة. نعم نظير المصاهرة فى الرضاع أم المرتضع بالنسبة إلى الفحل حيث إنه إذا صار المرتضع ولدا له فأمه بمنزلة زوجته و جدته بمنزلة أم الزوجة فربما يتوهم تحريمها عليه من هذه الجهة و هو غلط فإن المصاهرة لا تحصل بالرضاع و قد يتوهم التحريم هنا من جهة عموم المنزلة بأن يقال إن جده الولد النسبى محرمة كذلك جدة الولد الرضاعى و فيه ما مر فى باب الرضاع و تحرم أخت الزوجة جمعا بالكتاب و السنة و الإجماع من غير فرق بين الدائمة و المنقطعة و كذا ملك اليمين و كذا تحرم مع بقاء علاقة الزوجية و لو بجواز الرجوع فى المطلقة الرجعية العقد على بنت أختها و أخيها إلا أن يجيز الخالة أو العمة و يدل عليه الأخبار المستفيضة خلافا للمحكى عن القديمين فجوزاه مطلقا لبعض الروايات و للمحكى عن الصدوق فمنعه مطلقا و لو مع الإذن لبعض آخر و هما ضعيفان لتقييد أوليهما بما دل على اختصاص الجواز بصورة الإذن و عليه فإن عصى فى موضع و فعل بطل النكاح على رأى المحقق قدس سره و وقف على الإجازة على رأى كثير من المتأخرين أما البطلان منجزا فهو إما لرواية على بن جعفر الدالة على البطلان و إما للنهى عنه فى الأخبار المقتضى للفساد و إما لأن الصحة فى مثل هذا العقد

المنهى عنه يحتاج إلى دليل خاص غير قوله تعالى أَوْفُوا بِالْعُقُودِ- وَ أَحِلَّ لَكُمْ ما وَراءَ ذلِكُمْ لعدم ثبوت وجوب الوفاء و الحلية مع الحكم بالحرمة أما الحكم بالحلية فواضح و أما وجوب الوفاء فلأن ما كان ابتداؤه و إحداثه مبغوضا يكون البقاء عليه كذلك و إما لما يستفاد من الروايات الدالة على صحة نكاح العبد بدون إذن مولاه و وقوفه على الإجازة المعللة بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده و في بعضها أن هذان كإتيان من حرم الله من النكاح في العدة و اشتباهه. و أما الوقوف على الإجازة فلعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ مع ضعف رواية على بن جعفر و منع دلالة النهى على الفساد و لعدم منافاة الحرمة قبل الرضا لوجوب الوفاء إلا إذا ادعى أن النهى هنا لعدم قابلية المعقود عليها للعقد كسائر المحرمات في النكاح و غيره مثل تحريم الأصول و الفروع و تحريم بيع الخمر و شبهه و هو غير ثابت بل لا يبعد أن يكون النهى هنا لعارض و هو رضاء العمة و الخالة و هذا العارض يندفع بالإذن. و أما حكاية الأخبار الواردة في وقوف نكاح المملوك على الإجازة معللا بأنه لم يعص الله و إنما عصى سيده فالمراد به معصية الله سبحانه في نكاح النساء المحرمات عليه لا مطلق المعصية لتحققها في نكاح المملوك قطعا و هنا قول ثالث و هو تخيير العمة و الخالة بين فسخ عقد أنفسهما و فسخ عقد البنت و إمضائهما لوقوع كليهما صحيحين أما عقد العمة و الخالة فواضح و أما عقد البنت فلأنه عقد صدر من أهله في محله فإذا وقع كلاهما صحيحا و كان الجمع بين العقدين موقوفا على رضاهما تخيرتا بين الرضا بالجمع و دفعه بفسخ أي عقد شاءتا و هو ضعيف لأن العقد الأول وقع لازما و الأصل يقتضى بقاءه و دفع الجميع يحصل بفسخ العقد الطارى و لا يعلم قابلية العقد الأول للفسخ حتى يرتفع الجمع به فيبقى على أصالة اللزوم. و هنا قول رابع يحكى عن الحلى و هو بطلان العقد اللاحق و تزلزل العقد السابق و هو ضعيف إذ مع بطلان اللاحق و صيرورته كالعدم لا وجه لتزلزل العقد السابق و القولان الأولان مترتبان في القوة و ثانيهما أقوى

و الأخيران مترتبان في الضعف كذلك و الاحتياط غير خفى و له إدخال العمة أو الخالة على بنت أخيها أو أختها و إن كرهت المدخول عليها و لو تزوج الأختين و إن ترتب صح السابق لوجود المقتضى و عدم المانع و بطلان اللاحق لحرمة الجمع و إن اقترنا مع تعدد العقد أو اتحد العقد عليهما بطل الكل لأن صحة الكل ممتنعة شرعا و صحة أحدهما ترجيح من غير مرجح كما إذا عقد المرأة و أمها و بنتها في عقد واحد خلافا للمحكى عن الشيخ و أتباعه فيتخير في إمساك أحدهما لرواية جميل المرمية بالإرسال و الضعف على رواية التهذيب و الكافى و الموصوفة بالصحة على رواية الفقيه. و لو تزوج أخت الأمة الموطوءة بالملك حرمت المملوكة ما دامت الثانية زوجة أو في حكمها أما صحة التزويج فلعموم وَ أُحِلَّ لَكُمْ ما وَراءَ ذلِكُمْ و لأن الجمع بين الأختين مطلقا ليس بمحرم و لهذا يجوز الجمع بينهما في الملك و أما أنه إذا حصل التزويج حرم وطء المملوكة دون المتزوجة فلأن الوطى بالنكاح أقوى من الوطى بملك اليمين لكثرة ما يتعلق به من الأحكام التى لا تتعلق بالوطء بالملك مع أن الغرض الأصلى من الملك المالية دون الوطى و من المتزوجة الوطى و لهذا يجوز تملك الأختين و لا يجوز تزويجها فيرجح المتزوجة في جواز الوطى و في التعليل تأمل. و اعلم أنه لا يجوز الجمع بين الأختين في الوطى بملك اليمين كما لا يجوز الجمع في النكاح فعلى هذا لو وطئ إحدى الأختين بالملك حرمت الثانية أي تبقى على حرمة الوطى كما كانت كذلك قبل وطئها بعد وطء الأول سواء أبقاها على ملكه أو أخرجها و سواء كان عالما أو جاهلا إلا أن يخرج الأول عن ملكه فيحل الثانية أما حرمة الثانية و حلية الأولى فلاستصحابهما و أن الحرام لا يحرم الحلال و أما حليتها بإخراج الأولى من الملك فلعدم صدق الجمع حينئذ فلا مقتضى للحرمة. و في المسألة أقوال أخر أقواها دليلا ما تضمنته حسنة الحلبى بابن هاشم: في أختين وطئ المالك إحداهما ثم وطئ الأخرى فقد حرمت الأولى حتى تموت الأخرى قلت أ رأيت إن باعها أ تحل له الأولى قال إن كان يبيعها لحاجة و لا يخطر على قلبه من الأخرى شيء فلا أرى لك بأسا و إن كان إنما يبيعها ليرجع إلى الأولى فلا كراهة و نحوها رواية الكنانى إلا أن فيها سقطا لا يخل بالمقصود فإن الظاهر اتحاد متنها مع متن رواية الحلبى و ظاهرهما و إن عم صورة الجهل إلا أن في بعض المكاسب، ج۴، ص ۳۹۲

الأخبار تخصيص ذلك بصورة العلم و لا يجوز للرجل أن يعقد على أمته إجماعا و للتفصيل في قوله إِلَّا عَلى أَزْواجِهِمْ أَوْ ما مَلَكَتْ أَيْمانُهُمْ و معنى عدم الجواز هنا اللغوية و لا يجوز للحرة أي يحرم عليها أن تنكح عبدها إجماعا أيضا: و قد حد أمير المؤمنين ع امرأة

أمكنت نفسها من عبدها

الثاني الكفر

اشارة

و فيه بحثان

الأول يحرم على المسلم نكاح غير الكتابية

اشارة

من النساء الكوافر دائما و متعة و ملك يمين بلا خلاف كما صرح به غير واحد و إجماعا كما ادعاه آخرون للكتاب و السنة المستفيضة و فيها أي في الكتابية قولان من حيث حرمة مطلق النكاح أو خصوص الدوام و إلا فقد حكى في المسألة أقوال ستة و يحتمل أن يكون القولان المذكوران أشهر الأقوال في المسألة ثم الأشهر منهما و أقربهما عند المصنف و جماعة قدس سرهم حرمة الدائم و جواز المنقطع و ملك اليمين أما حرمة الدائم فلقوله تعالى وَ لا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكاتِ و قوله وَ لا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوافِرِ مضافا إلى بعض الروايات كرواية الحسن بن الجهم و المحكي من نوادر الراوندي و أما جواز المنقطع فلبعض الروايات المصرحة بالجواز المنجبر ضعفها لو كان بحكاية الإجماع عن غير واحد مضافا إلى ما دل على جواز النكاح بملك اليمين كآية أَوْ ما مَلَكَتْ أَيْمانُهُمْ و خصوص الصحيحة في المجوسية إذا كانت أمه بعد ما استفيد من غير واحدة من الروايات أن المتمتعة بمنزلة الأمة كل ذلك مضافا إلى عموم قوله وَ أُحِلَّ لَكُمْ ما وَراءَ ذلِكُمْ خرج منها نكاحهن دواما و ليس في مقابل المذكور عدا إطلاق الآيتين السابقتين و الروايات و تخصيصها بما ذكرنا طريق الجمع فالقول بالمنع مطلقا ضعيف و أضعف منه القول بالجواز مطلقا لعموم وَ الْمُحْصَناتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتابَ و عموم بعض الأخبار الصحيحة و بعض الروايات و الآية نسخت بقوله لا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوافِرِ كما في بعض الروايات و بقوله تعالى وَ لا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكاتِ كما يظهر عن بعض آخر و الأخبار مقيدة بالمتعة مع موافقة عمومها لمذهب العامة على ما حكي

و المجوسية كالكتابية

إما لما ورد من ثبوت كتاب لهم و نبي فقتلوا نبيهم و حرقوا كتابهم و إما للنبوي سنوا بهم سنة أهل الكتاب و إما لما ورد بالخصوص من جواز التمتع بالمجوسية مؤيدا بما في مصححة محمد بن مسلم من جواز نكاح المجوسية بملك اليمين بعد ضم كون المنقطعة بمنزلة الأمة و الصابئون و هم كما قيل طائفة من النصارى كما أن السامرة طائفة إن كانوا ملحدة الأولى منهم عند النصارى و الثانية عند اليهود فكالوثني لخروجهما حينئذ عن كلتا الملتين فلا يشار كأنهما في الحكم للاختلاف في أصول الملة و إن كانوا مبتدعة متوافقة معهم في أصل الملة فكالكتابي. و عن مجمع البحرين عن الصادق ع: أنه ليس للصابئة دين و لا كتاب و مقتضاه أنهم غير كتابيين و عن الشيخ التصريح بذلك و عن المصباح المنير أنهم يدعون أنهم على دين صابئ بن شيث بن آدم ع و عن الصحاح أنهم من أهل الكتاب و حكي عن المحقق الثاني في شرح القواعد أن الصابئة فرقتان فرقة توافق النصارى في أصول الدين و الأخرى تخالفهم و يعبدون الكواكب السبعة و تسند الآثار إليها و تنفي الصانع المختار قال و كلام المفيد قريب من هذا و قال إن جمهور

الصابئین توحـد الصانع فی الأزل و منهم من تجعل معه هیولی فی القدم صـنع منها العالم فکانت عندهم الأصل و یعتقدون فی الفلک و ما فیه الحیاهٔ و النطق و أنها المدبر لما فی هذا العالم الدائر علیه و عظموا الکواکب و عبدوها من دون الله و سـماها بعضهم ملائکهٔ و بعضـهم آلههٔ و بنوا لها بیوتا للعبادات انتهی و عن تفسـیر القمی الصابئون قوم لا مجوس و لا یهود و لا نصاری و لا مسـلمون و لکنهم یعبدون الکواکب و النجوم و عن التبیان و المجمع للطوسـی و الطبرسی أنه لا یجوز عندنا أخذ الجزیهٔ من الصابئهٔ لأنهم لیسوا من أهل الکتـاب و کیف کـان فجوز النکـاح منهم فی غایـهٔ الإشـکال إذ لم یخرج من عموم أدلـهٔ التحریم إلاـ الیهود و النصاری و المجوس و کونهم منهم یحتـاج إلی دلیـل إلا أن یقال إن الشک فی دخولهم فیهم یوجب الشک فی شـمول العموم لهم فیبقی علی أصل الإباحهٔ لکن الإنصاف أن المتبادر من الیهود و النصاری الخارجین عن العمومات هو ما یقابل الصابئـهٔ فالصابئهٔ لو کانت منهم فرضا نشک فی شمول الخـاص لهم فیبقی تحت العـام ثم اعلم أنه قـال فی المسالک لا فرق فی الکتابی بین الـذمی و هو القائم بشـرائط الذمـهٔ منهم و الحربی و هو الناقض لها لعموم الأدلهٔ و فیه إشکال لانصراف الیهود و النصاری إلی الذمی و الله العالم

[البحث الثانی] لو أسلم زوج المرأهٔ الکتابیهٔ و المجوسیهٔ بقی علی نکاحه و إن لم یدخل

اشارهٔ

بغیر خلاف بین العلماء حتی المانعین من نکاح الکتابی ابتداء کما یظهر من غیر واحد و یدل علیه ما سیأتی فی من أسلم علی أکثر من أربع و إن أسـلمت المرأهٔ دونه أی دون الرجل فإن کان إسـلامها قبل الـدخول انفسـخ النکاح لحرمـهٔ نکاح الکافر علی المسـلمهٔ وَ لَنْ یَجْعَـلَ اللَّهُ لِلْکـافِرِینَ عَلَی الْمُؤْمِنِینَ سَبِیلًا و لا عـدهٔ علیها هنا حتی یتوقف الانفساخ علی بقائه علی الکفر حتی تنقضـی العـدهٔ کما فیما بعـد الـدخول و لاـ مهر لهـا أیضـا لأـن الحـدث جـاء من قبلهـا و یـدل علی ذلـک کله مضافا إلی أن الظاهر أنه المعروف من مـذهب الأصـحاب کما حکی الصـحیح: فی نصـرانی تزوج نصـرانیهٔ فأسلمت قبل أن یدخل بها قال قد انقطعت عصمتها و لا مهر لها و لا عدهٔ علیها منه و فی روایهٔ السـکونی: وجوب نصف المهر لأن الإسـلام لم یزدها إلا عزا و هو شاذ و إن کان إسـلامها بعده أی بعد الدخول ینتظر العدهٔ عدهٔ الطلاق فإن أسـلم فالزوجیهٔ باقیهٔ و إلا بطلت من حین إسلامها و هذا الحکم فی غیر الزوج الکتابی و المجوسی مما لا خلاف فیه ظاهرا کما یظهر من جماعهٔ و أما الکتابی و المجوسی فحکمه أیضا کذلک عند المشهور بل عن الشیخ فی الخلاف دعوی الوفـاق و لکنه خالفه فی التهـذیبین و النهایـهٔ علی ما حکی عنه فحکم ببقاء النکاح و إن لم یسـلم الکتابی إلا أنه لا یقربها و لا یتمکن من الخلوهٔ بها لروایـهٔ محمد بن مسـلم و فیها إرسال لکن عن ابن أبی عمیر و مرسـلهٔ جمیل بن دراج و فیها علی بن حدید: و لو أسـلم أحـد الحربیین قبل الـدخول انفسـخ العقد و لو کان المسـلم هو الزوج لعدم جواز نکاح غیر الکتابیهٔ ابتداء و لا اسـتدامهٔ إجماعا و علیه نصف المهر إن کـان الإسـلام منه و قیـل علیه جمیع المهر لثبوته بالعقـد و لاـ دلیل علی سـقوطه و إلحاقه بالطلاق قیاس و إلا لم یکن الإسلام منه بل کان الإسلام منها فلا شیء لما تقدم و إن کان إسلام أحدهما

المکاسب، ج۴، ص ۳۹۳

بعـده أی بعد الدخول ینتظر العدهٔ فإن أسـلم الآخر بقی النکاح و إلا یسـلم انفسخ بلا خلاف ظاهرا کما صـرح به فی الریاض و فیه أنه حکی علیه الإجماع. و یدل علی حکم المسألهٔ مع إسـلام المرأهٔ أولا المستلزم لثبوته مع العکس بالإجماع و الأولویهٔ و روایهٔ محمد بن مسـلم عن ابن أبی عمیر و علی کـل تقـدیر علیه المهر لاسـتقراره بالـدخول و إن کـان الإسـلام من المرأهٔ لأـن مطلق تفویت البضع لا یوجب الضمان و لهذا لو قتلت نفسها لم یسقط مهرها و کذا لا یضمن المهر من قتلها و لو انتقلت زوجهٔ الذمی الذمیهٔ إلی غیر الإسلام انفسخ النکاح فی الحال و إن عادت قیل لقوله وَ مَنْ یَبْتَغِ غَیْرَ الْإِسْلامِ دِیناً فَلَنْ یُقْبَلَ مِنْهُ و عموم قوله: فمن بدل دینه فاقتلوه فیجب علیه

بعـد التبديل القتل أو تدخل فى الإسـلام و تنظر فى ذلك فى المسالك من وجهين الأول أنه لا يجوز أن ينتقل إلى دين يصح عندهم التناكـح فيه فلاـ ينفسـخ مـا دامت فيه الثانى أنها إن قتلت فالانفساخ بالقتل لا بالانتقال و إن أسـلمت فينبغى هنا مراعاة انقضاء العـدة و عـدمه إذا كان بعـد الـدخول و على كل تقـدير لا يعد الفسخ الحاصل باختلاف الدين طلاقا كما هو واضح فإن كان قبل الدخول من المرأة فلا مهر كما تقدم و إن كان من الرجل فعليه من المهر على ما حكى عن المشـهور نصفه و قد تقدم أنه محل نظر و إن كان بعد الدخول فالمسمى من أيهما كان موجب الفسخ لاستقراره بالدخول و لو كان المهر المسمى فاسدا.

فمهر المثل مع الدخول

و إن كان أسـلم قبله فعليه المتعـة حملا له على طلاق المفوضـة و فيه نظر لعـدم كونه طلاقا و لا المرأة مفوضـة و لو ارتد من الزوجين أحـدهما قبل الـدخول انفسـخ العقـد فى الحال لأن المرتد إن كان هو الزوج وَ لَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا و إن كانت الزوجـة فلا يجوز البقاء على نكاح غير الكتابيـة و المجوسـية إجماعا و لا عـدة قبل الـدخول حتى ينتظر و حينئـذ فإن كان الارتداد من الزوجـة فلا مهر لها لأن الحدث جاء من قبلها و إلا يكن منها كان على الزوج المرتد نصـفه إلحاقا له بالطلاق كما تقدم مع النظر فيه و الخلاف و إن كان ارتـداد أحدهما بعد الدخول فالجميع لازم لها لاسـتقراره و ينفسخ العقد فى الحال إن كان المرتد هو الزوج و كان ارتـداده عن فطرة لعـدم قبول الإسـلام فيه حتى ينتظر العدة كما فى غيره من الكفار و إن كان ارتداده عن غيرها أو كانت المرتدة هى الزوجـة وقف الانفساخ على انقضاء العـدة مع بقاء المرتـد عنهما على ارتـداده و هـذا الحكم و إن خلا عن النص بل فى بعض الأخبار البينونـة بمجرد الردة إلاـ أن وقوفه على انقضـاء العـدة الظاهر أنه لا خلاف فيه. و صـرح به فى الرياض و حكى التصـريح بالاتفاق عن بعض مضافا إلى أن الأصل بقاء النكاح فإن وطئها الزوج لشبهة فى العدة قال الشيخ عليه مهران كما لو وطئ مطلقة فى العدة البائنة هذا مع عـدم الإسـلام فى العـدة فيكشف ذلك عن بينونتها من حين الردة فتكون أجنبيـة كالمطلقـة و فيه نظر لأنها بحكم الزوجة و لهذا لا يحتاج إلى تجديد نكاح بعد الإسلام فليست كالمطلقة

الباب الثالث العقد و الوطى

إذا عقـد الحر غبطـة أى دوامـا على أربع حرائر أو حرتين أو أمتين حرم الزائـد إجماعـا على الظاهر كما يظهر من جماعـة و به روايات كحسنة زرارة و محمد بن مسلم: إذا جمع الرجل أربعا فطلق إحداهن فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضى عدة فى ظاهر المرأة التى طلق و قال لا يجمع ماءه فى خمسـة و نحوها روايتا على بن حمزة و محمـد بن قيس و لا خلاف أيضا كما قيل فى أنه لا يحل له ثلاث إماء و إن لم يكن معهن حرة. و فى الرياض أنه حكى جماعة الإجماع عليه و اسـتدل له فى الرياض و الحدائق برواية أبى بصـير: لا يصلح أن يتزوج ثلاـث إمـاء و لكن تنظر فيه الريـاض و لا خلاف أيضا ظاهرا من غير واحـد أنه يحرم على العبـد تزويـج ما زاد على الحرتين أو حرة أو أمتين أو أربع إمـاء و يـدل عليه روايـة محمـد بن مسـلم عن العبـد يتزوج حرتين و إن شاء تزوج أربع إماء قيل و المعتق بعضـه كـالحر فى حق الإمـاء كما يظهر فلا يزيـد على أمتين و كالعبـد فى حق الحرائر فلا يزيـد على حرتين و المعتق بعضـها كالحرة فى حق العبد و كالأمة فى حق الحر قيل و لعله لتغليب الحرام إذا اجتمع مع الحلال و العبد و الحر لو استكملا العدد فى الدائم حل لهما بملك اليمين و المتعة ما أرادا أما عدم الحصر فى ملك اليمين فموضع وفاق كما صرح فى المسالك لعموم قوله تعالى أَوْ ما مَلَكَتْ أَيْمانُكُمْ و أما فى المنقطع فهو المشـهور و عن الحلى الإجماع عليه للروايات الكثيرة. و عن القاضـى تحريم ما زاد على الأربع لما ورد فى بعض الروايات أنها أى المنقطعـة عن الأربع و حمل على الاسـتحباب لأنه متى جعلها من الأربع و اطلع عليه المخالفون أمكن أن يـدعى أنها دائمات بخلاف ما إذا زاد و يدل عليه قول أبى الحسن ع لصفوان إنه قال أبو جعفر ع: اجعلوهن من الأربع قلت على الاحتياط قال نعم

و المراد به الاحتياط من المخالفين و اعلم أنه لو طلق واحدة من كمال العدد بائنا جاز له نكاح غيرها و أختها على كراهية فى الحال أما الجواز فلانقطاع عصمة المطلقة على ما يستفاد من الروايات و أما الكراهة فلورود النهى عن الخامسة قبل انقضاء عدة الرابعة الشامل لغير الرجعية و كذا عن الأخت على كراهة و لو كان الطلاق رجعيا حرمت الأخرى و الأخت إلا بعد العدة لأنها بحكم الزوجة ما دامت فى العدة ثم المحكى عن الأكثر بل المشهور إلحاق عدة المتعة بعده البائن و يشهد له تعليل الجواز فى عدة البائن بانقطاع عصمتها الجارى فى المنقطع أيضا. و فى بعض الأخبار وجوب التربص إلى انقضائها فيتزوج أختها و حكى القول به عن المقنع و هو أحوط و قول المشهور أقوى و لو تزوج خمسا فى عقد واحد أو تزوج اثنتين و معه ثلاث أو تزوج أختين فى عقد واحد بطل العقد بالنسبة إلى كليهما للزوم الترجيح بلا مرجح و قيل يتخير و يدل عليه حسنة جميل و قد مر نظيره فى الأختين أيضا و إذا طلقت الحرة ثلاثا بينهما رجعتان بالرجوع أو باستيناف العقد حرمت المطلقة إلا بالمحلل الذى يأتى تفصيله فى باب الطلاق سواء كان المطلق حرا أو عبدا و الأمة تحرم بطلقتين سواء كانت تحت حر أو عبد بلا خلاف كما يظهر لما دل من أن الاعتبار فى الطلاق و العدة بالزوجة دون الزوج فإن طلقت المرأة تسعا للعدة ينكحها بينهما رجلان بأن طلقها فراجعها فى العدة و وطئها ثم طلقها ثم راجعها و وطئها ثم طلقها فتزوجها المحلل ثم بعد فراقه تزوجها فطلقها ثلاثا بينهما رجعتان مع الوطى ثم تزوجها المحلل ثم بعد فراقها تزوجها الأول فطلقها ثلاثا بينهما رجعتان مع الوطى حرمت أبدا. و إطلاق طلاق العدة على المطلقات التسع مجاز لأن طلاق العدة ليس إلا ستة منها ثم إن غير واحدة من الروايات ليس فيها تقييد الطلقات بكونها للعدة كرواية أبى بصير المحكية عن الكافى

المكاسب، ج۴، ص ۳۹۴

و رواية جميل المحكية عن المشايخ الثلاثة و رواية أديم بن بياع الهروى المروية فى التهذيب و المحكية عن الكافى و عن كتاب الحسين بن سعيد. نعم حكى عن الخصال فى رواية عد المحرمات من الأزواج قول الصادق ع و تزويج الرجل امرأة طلقها للعدة تسع تطليقات و نحو ذلك حكى عن الفقه الرضوى و حيث إنهما فى مقام البيان تدلان على نفى الغير بالمفهوم مع أن فى الرضوى دلالة بالمنطوق ظاهر و نحوهما فتوى على بن إبراهيم الكاشفة عن وجود النص فيصلح هذا كله بعد اشتهار مضمونها لتقييد تلك المطلقات مضافا إلى رواية معتبرة رواها عبد الله بن بكير فى عدم احتياج المطلقة ثلاثا إذا تزوجت بعد انقضاء عدة كل طلاق إلى المحلل. فإن قوله ع فيها له أن يتزوجها أبدا معناه إلى أنه لا تصير المرأة عليه محرمة أبدا بل يجوز تزويجه أبدا بعد المحلل فى كل ثلاث ثم بناء على اختصاص الحرمة الأبدية بالمطلقة للعدة فلو كان فى كل من الأدوار الثلاثة طلاق واحد للعدة لم يحصل التحريم الأبدى و كذا لو كان فى بعض الأدوار طلاقان للعدة و فى بعض آخر واحد هذا كله فى الحرة و أما فى الأمة فالحكم فيه بتحريمها مؤبدا محل نظر من أن الطلقات الست فيها بمنزلة التسع فى الحرة حيث إنها تحرم بعد كل طلقتين حتى تنكح زوجا غيره و من أن حكم النص معلق على تسع طلقات بينها محللان فإذا طلقت الأمة بين كل طلقتين محلل يصدق عليها أنها طلقت تسعا و نكحت بينها رجلان و إن كان قد نكحها بينها أكثر حينئذ إلاـ أن ذلك لا ينفى صدق الرجلين و من أن الظاهر المتبادر من النص هى الحرة. فينبغى أن تبقى الأمة على أصالة الإباحة مع أن ظاهر تحلل الرجلين نفى الزائد فيصير هذا قرينة لإرادة الحرة و اعلم أن عقد على امرأة فى عدتها الرجعية أو البائنة دواما أو انقطاعا أو للوفاة عالما بالحكم و الموضوع حرمت المرأة عليه أبدا و إن لم يدخل بها و كذا إن جهل العدة و التحريم أو أحدهما و لكن دخل و لو لم يدخل بطل العقد و له استينافه بعد الانقضاء اتفاقا فى الجميع كما يظهر من غير واحد و يدل عليها أخبار منها حسنة الحلبى عن أبى عبد الله ع قال: إذا تزوج الرجل المرأة فى عدتها و دخل بها لم تحل له أبدا عالما كان أو جاهلا و إن لم يدخل بها حلت للجاهل و لم تحل للآخر و إطلاق التحريم بالدخول مع الجهل يشمل ما لو وقع الدخول فى العدة أو بعدها. و حسنته الأخرى عن أبى عبد الله ع قال: سألته عن المرأة الحبلى يموت زوجها فتضع و تتزوج قبل أن يمضى لها أربعة أشهر و عشرا قال إن كان دخل بها فرق بينهما ثم لم تحل له أبدا و اعتدت بما بقى عليها من الأول و استقلت عدة أخرى من الآخر ثلاثة قروء و إن لم يكن دخل بها فرق بينهما و اعتدت بما بقى عليها من الأول و هو خاطب من الخطاب و صريحها الدخول فى العدة و نحوها فى

الصراحة موثقة محمد بن مسلم لكن لا يخفى أن اختصاص موردها بصورة الدخول في العقد لا تقتضي اختصاص الحكم بذلك فبقى إطلاق رواية الحلبي السابقة و نحوها على حالها. و صرح في المسالك باشتراط الدخول في العدة في التحريم و لعل وجهه أن الدخول مع الجهل إنما يوجب التحريم إذا وقع في زمان لا يصلح الزوجة للنكاح و بعد الدخول لا فرق بين الدخول بها و بغيرها فمن لم يعقد عليها العدة و جوابه واضح لاحتمال مدخلية العقد في ذلك مضافا إلى أنه اجتهاد في مقابلة إطلاق النص إلا أن يدعى ظهور ذلك من النص ثم إن بعضهم صرحوا بلحوق عدة الشبهة بعده الطلاق و المتمتعة و في دلالة النصوص عليه تأمل لانصراف العدة إلى غيرها ثم إذا كان الدخول بالمعقودة في العدة لشبهة استحقت المهر مع جهلها و هل هو المسمى أو مهر المثل قولان أقواهما الثاني لفساد المسمى بفساد العقد و اعتدت من وطء الشبهة بعد إتمام عدتها الأولى للحسنة الثانية و رواية محمد بن مسلم المتقدمتين.

و في بعض الأخبار ما يدل على الاكتفاء بعده واحدة و هل يلحق مدة استبراء الأمة فيه إشكال الأقوى العدم اقتصارا على مورد الدليل و هل يلحق بالمعتدة ذات البعل قيل فيه وجهان من مساواتها لها في المعنى و من انتفاء العدة التي هي مورد النص و في الوجهين نظر لا يخفى إذ السماوات لا تصلح دليلا للحكم الشرعي حتى يتعدى و لا النص مختص بالمعتدة حتى يقتصر بل الأقوى الإلحاق أما التحريم مع العقد عليها عالما لموثقة أديم بن بياع الهروي قال قال أبو عبد الله ع: التي تتزوج و لها زوج يفرق بينهما ثم لا يتعاودان خرج منه ما لو جهل و لم يدخل بقي ما لو علم أو دخل و نحوها مرفوعة أحمد بن محمد و عبارة الرضوي و يدل على التحريم مع الدخول مضافا إلى الموثقة المذكورة موثقة زرارة: في المرأة فقدت زوجها أو نعي إليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك ثم طلقها زوجها أو مات عنها قال تعتد عنهما جميعا ثلاثة أشهر عدة واحدة ليس للآخر أن يتزوجها أبدا و نحوها خبر آخر و لا يعارضها الصحيح الآتي بالعموم من وجه لظهورها في صورة الجهل مع وجوب الرجوع على هذا الفرض إلى عموم موثقة أديم بن بياع الهروي و نحوها مضافا إلى الأولوية الجلية فإن بقاء النكاح لو لم يؤكد التحريم لم ينفه قطعا. و أما عدم التحريم مع الجهل و عدم الدخول فالظاهر أنه مما لا خلاف فيه و صرح بدعوى الإجماع في الرياض و في الحدائق ليس فيه خلاف يعرف و يدل عليه أيضا الصحيح: عمن تزوج امرأة و لها زوج و هو لا يعلم فطلقها الأول أو مات عنها ثم علم الآخر أ يراجعها قال لا حتى تنقضي عدتها و أما التحريم مع الدخول و العلم فهو اتفاقي لأنه زنى بذات البعل و يدل عليه غير واحد من الأخبار و على كل حال فإن دخل بها مع الجهل لحق به الولد إن جاء لستة أشهر منذ وطئها لأن وطء الشبهة بمنزلة الصحيح و فرق بينهما و عليه المهر مع جهلها لا علمها إذ لا مهر لبغي و تتم عدة الأولى لكونها فيها و تقدم سببها و تستأنف أخرى كل ذلك علم مما سبق و لو زنى بذات بعل أو في عدة رجعية حرمت المزني بها على الزاني أبدا بلا خلاف فيه ظاهرا.

و حكى في الرياض الإجماع عليه عن جماعة و في الحدائق عن غير واحد و يدل عليه فحوى ما تقدم من الحكم بالحرمة مع العقد عالما بدون الدخول و كذا الدخول مع الجهل مضافا إلى صريح المحكي عن الرضوي في تحريم الزنى بذات البعل و أنه لا يحل للزاني تزويجها أبدا و أنه يقال لزوجها يوم القيامة خذ من حسناته ما شئت و يدل على حكم المعتدة رجعيا بانضمام ما دل على أنها بمنزلة الزوجة و قد يستدل بما تقدم من الدليل على التحريم بالعقد و الدخول الشامل بصورة العلم و هو الزنى و فيه نظر إذ لعل للزنى المستند إلى العقد تغليظ عقوبة حيث استند في العمل القبيح إلى الأسباب الشرعية فجعلها واسطة في خلاف ما وضع لأجله و لذا عد معصية الله سبحانه فيما يكون بصورة العبادة أغلظ من غيرها و لهذا لو زنى بغيرها من المعتدات لم تحرم عليه عند المصنف و غيره مع أن العقد عليها مع الدخول بها محرم

المكاسب، ج۴، ص ۳۹۵

إجماعا كما تقدم. نعم ربما يحتمل التحريم هنا من جهة فحوى حكم الدخول بها مجردا و العقد المجرد عليها عالما و فيه تأمل و في حكم المعتدات غيرها الخالية عن الزوج و الموطوءة بشبهة و الموطوءة بالملك و كذا الحكم فيما لو أصرت امرأته عليه أي على الزنى فإنه لا يوجب حرمتها عليه و إن عقد المحرم على امرأة عالما بالتحريم حرمت مؤبدا و إن لم يدخل بها إجماعا حكاه في

الرياض عن جماعة و يدل عليه المحكى عن الخصال و بعض الروايات و إن كان جاهلا- فسد عقده إجماعا و لكن لا تحرم على الأشهر بل عن التذكرة و المنتهى الإجماع عليه و يدل عليه المحكى عن كتاب الحسين بن سعيد و مفهوم الخبر المحرم إذا تزوج و هو يعلم أنه حرام عليه لا تحل له أبدا خلافا للمحكى عن المقنع و سلار فحكموا بالتحريم لعموم ما دل عليه. و من أوقب غلاما أو رجلا و لو بإدخال بعض الحشفة الغير الموجب للغسل على تأمل فيه من جهة انصراف النصوص و الفتاوى إلى غيرها حرمت عليه أمه و إن علت و بنته و إن نزلت و أخته لا- بناتها اتفاقا فى جميع ذلك على الظاهر المصرح به فى كلام بعض و المحكى فى كلام آخرين و لا تحرم واحدة من هؤلاء لو سبق العقد عليها اللواط بشرط وقوعه حال الزوجية أما لو عقد على إحداهن ففارقها ففعل ذلك القبيح فالظاهر حرمة تزويج المفارقة لأن عموم قوله: لا- يحرم الحرام الحلال فى الحلال بالفعل و هكذا حكم غير المسألة من مسائل المصاهرة و ما يلحقها ثم إن أصل الحكم فى صورة العقد اتفاقى لا مخالف فيه فتوى و رواية إلا ما يظهر من بعض الروايات: من أن من أتى أخا امرأته حرمت عليه امرأته و هى محمولة على إرادة أخ من صدق عليها أنها امرأته فى الحال دون زمان الإتيان و إن كان مخالفا للظاهر لأن ظاهر الموضوعات المتصفة بعنوان ثبوت الوصف العنوانى فيها حال عروض المحمول لها حال الإخبار عن وقوعها. و ظاهر إطلاق العبارة كسائر العبائر عدم الفرق فى الفاعل بين الصغير و الكبير إلا أن المذكور فى الأخبار هو الرجل و حمله على كونه رجلا لها حال الحكاية بعيد كما عرفت و يؤيده الحكم بالتحريم عليه حيث إنه من عوارض أفعال البالغين اللهم إلا أن يقال إن المراد بالتحريم فى هذه المقامات هو مجرد الفساد كما أن صيغة النهى قد تستعمل لمحض ذلك فكذا مادة التحريم و اعلم أن المشهور أنه لا- يحرم على المفعول بسبب هذا العمل أحد من أقارب الفاعل. و حكى عن شرح النافع حكاية نقل القول بإلحاقه بالفاعل عن بعض و من لا عن امرأة حرمت عليه أبدا بلا خلاف فى ذلك ظاهرا كما صرح به غير واحد و سيأتى الكلام فيه و كذا لو قذفها صما أو خرسا فيما يجب اللعان لو لا خرسها أو صمها بأن يرميها بالزنى مع دعوى المشاهدة و عدم البينة قيل و الحكم بالرواية مختص بجامعة الوصفين لكن المحكى عن الأكثر الاكتفاء بأخذ الأمرين و عن الغنية و السرائر الإجماع قيل و فى بعض مواضع من التهذيب ذكر الرواية بعطف أحدهما على الآخر بلفظ أو بدل الواو و الموجود عندى هو ذكر لفظ أو فى الرواية المروية فى التهذيب عن الحسن بن محبوب عن هشام بن سالم عن أبى بصير و ذكر عبارة الفقيه قبل هذه الرواية بلفظ أو أيضا. نعم فى بعض الروايات الاكتفاء بالخرس وحده و يثبت الاكتفاء بالصمم وحده بعدم القول بالفصل. و حكى عن الصدوق تعدى الحكم إلى ما لو قذف الزوجة زوجها الأصم للمرسل و كل مقام ثبت الحرمة فالواجب تمام المهر و إن كان قبل الدخول لأن إلحاقه بالطلاق قياس لا نقول به ثم هل ينفى بذلك الولد عن أبيه الملاعن أم لا وجهان و لو دخل الزوج بصبية لم تبلغ تسعا و تزوجها فعل محرما بلا خلاف كما يظهر من كلام بعضهم و لم يحرم عليه بذلك ما لم يفضها على المعروف ممن عدا الشيخ و له إطلاق بعض الروايات فلو أفضاها بجعل مسلك البول و الحيض واحدا و ربما فسر بجعل مسلك الحيض و الغائط واحد و هو بعيد الوقوع حرمت عليه أبدا لمرسلة زيد بن يعقوب و عليه الإنفاق عليها حتى يموت أحدهما لرواية الحلبى و هل تبين منه بغير طلاق أم لا ظاهر رواية يزيد بن معاوية و رواية حمران المحكية عن الفقيه بل صريحهما الثانى و ظاهر المرسلة المتقدمة الأول و هو المحكى عن ابن حمزة و أيده فى المسالك تبعا للمحقق الثانى على ما حكى

بأن التحريم المؤبد ينافى النكاح إذ ثمرته حل الاستمتاع و لأنه يمنع النكاح سابقا فيقطعه لاحقا كالرضاع و اللعان و القذف للزوجة الصماء و الخرساء. و فيه أن انحصار ثمرة النكاح فى حل الاستمتاع إنما توجب عدم جواز ابتداء النكاح على من يحرم الاستمتاع منه لا- بقاءه و أما حرمة النكاح بالرضاع السابق الموجب لانفساخ اللاحق فلوجود الدليل. و الحاصل أن الخروج من أصالة بقاء النكاح حرمة الزوجة للغير لا بد له من دليل قاطع و لا اعتبار بالاعتبار قد طعن ابن إدريس على هذا القول بما لا مزيد عليه بل ظاهره ثبوت الاتفاق على عدم بينونتها بغير الطلاق على ما حكى عنه ثم لو طلقها أو قلنا بأنه تبين منه بغير طلاق لو تزوجت فهل يجب على المفضى الإنفاق عليها أيضا أم لا الأظهر الثانى و إن كان مقتضى إطلاق رواية الحلبى الأول و فيها يجب الإجراء عليها ما دامت حية

لانصرافها على صورة عدم تزوجها حيث إن الغالب عدم رغبة الأزواج فيها بعد الإفضاء كما تدل عليه الرواية القابلة بأنه قد أفسدها و أبطلها على الأزواج مضافا إلى ما دل على وجوب نفقة الزوجة على زوجها الشامل لهذه الزوجة و ليس إطلاق تلك الأدلة أدون من إطلاق هذه الرواية فيتعارضان حيث يدل كل منهما على وجوب الاتفاق عينا و يترجح تلك الأدلة باعتبار موافقتها للقواعد الشرعية من كون النفقة فى مقابل التمكين و غير ذلك مما لا يخفى

الباب الرابع فى موجب الخيار و هو العيب و التدليس

الأول فى العيب

العيوب المجوزة لفسخ النكاح فى الرجل أربعة الجنون و الخصى و الجب و العنة

و سيأتى الدليل على كونها عيوبا و تفصيل أحكامها و هل الجذام و البرص عيب فى الرجل فيه قولان الأشهر لا و المحكى عن القاضى و الإسكافى و الشهيد الثانى نعم لعموم الصحيح: إنما يرد النكاح من البرص و الجنون و الجذام و الفعل و لأدائه إلى الضرر لأنهما من الأمراض المتعدية باتفاق الأطباء. و فى الخبر: فر من الجذام فرارك من الأسد مع أنها عيب فى المرأة مع طريق التخلص للرجل إلى فراقها بالطلاق فثبوته فى الرجل بطريق أولى حيث لا طريق للمرأة إلى فراقه بوجه آخر و رد باختصاص الصحيح بالمرأة بحكم سياقه و السؤال المذكور له فى غير التهذيب و التخلص يمكن مع التضرر بإجبار الحاكم له على الطلاق لو تضررت بالمباشرة و المعاشرة مضافا

المكاسب، ج۴، ص ۳۹۶

إلى أنه مستلزم لثبوت الفسخ بجميع الأمراض المعدية و هل يرد بالعمى المحكى عن القاضى و الإسكافى. نعم و ألحق الثانى به العرج و الزمن الثابت قبل العقد أو بعده و حكى عن الشيخ فى المبسوط أنه عد من العيوب ما لو ظهر الزوج خنثى. و فى المسالك أن موضع الخلاف ما إذا كان محكوما بالذكورية بالأمارات للتنفر عنه و عدم حصول الاطمئنان بالأمارات أما لو كان مشكلا تبين فساد النكاح و عيوب المرأة سبعة الجنون و الجذام و البرص و القرن بسكون الراء و هو العفل و هو لحم ينبت فى قبل المرأة أو شىء يخرج من قبل المرأة شبه الأدرة للرجل أعنى انتفاخ الخصيتين أو عظم كالسن فى قبل المرأة. و اتحاد العفل و القرن هو المحكى عن أكثر أهل اللغة و الفقهاء و يدل عليه الصحيح: المرأة ترد من أربعة أشياء البرص و الجذام و الجنون و القرن و هو العفل ما لم يقع فإذا وقع عليها فلا- و نحوها خبر آخر كما قيل ثم إنه لا خلاف نصا و فتوى فى أن هذه الأربعة عيوب فى المرأة توجب الفسخ و لا فرق فى الجنون بين المطبق و الأدوارى و هل القرن عيب مطلقا أو بشرط كونه مانعا عن الجماع بسهولة و لذا أطلق فى كلام جماعة من أهل اللغة أنه يمنع الوطى و لكن يستفاد من غير واحد من الأخبار إمكان وطئها و على كل حال فالمحكى عن الشيخ و الأكثر هو عدم ثبوت الخيار مع إمكان الوطى للأصل و عدم ثبوت المقتضى للخيار فإنه إنما نشأ من حيث المنع عن الوطى و حكى عن الشيخ و الأكثر عدم ثبوت الخيار أيضا و مال إليه المحقق فى الشرائع لإطلاق الأخبار و تصريح بعضها بالخيار و لو مع الدخول ثم إن الخيار إنما يثبت بالجذام و البرص إذا تحققا بشهادة أهل الخبرة و يظهر من بعض اعتبار التعدد فيه لأنها شهادة و فى اعتبار العدالة نظر و قد يشتبه البهق بالبرص.

و الخامس من العيوب الإفضاء

و هو جعل المسلكين واحدا و لا خلاف ظاهرا في ثبوت الخيار به كما يظهر من غير واحد و يدل عليه مصححة الحذاء.

و السادس العمى

و لا خلاف فيه ظاهرا إلا ما يحكى عن ظاهر المقنع و المبسوط و يدل عليه مصححة داود بن سرحان و موثقة ابن مسلم.

و السابع العرج مطلقا

على ما حكى عن الشيخين و الإسكافي و الحلبي و أكثر الأصحاب لمصححة داود بن سرحان و موثقة محمد بن مسلم أو بشرط كونه بينا كما ذهب إليه آخرون منهم المصنف قدس سره في المختلف و التحرير و يمكن أن يراد به ما كان كثيرا متفاحشا لبعد كون اليسير جدا عيبا بل الأخبار أيضا منصرفة إلى البين و قيل ليس بعيب مطلقا و قيل إنه عيب إن بلغ الإقعاد و الأول أقوى

و هل يثبت الخيار بالرتق

و هو على ما حكى من أهل اللغة التحام الفرج بحيث لا يكون للذكر فيه مدخل و عن التحرير أنه لحم ينبت في الفرج فيرادف العفل فيه قولان أظهرهما نعم لعموم التعليل في رواية أبي الصباح: عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرنا قال هي لا تحبل و لا يقدر زوجها على مجامعتها ترد و هي صاغرة قلت فإن كان دخل بها قال إن كان علم بذلك قبل أن ينكحها يعني الجامعة ثم جامعها فقد رضي بها و إن لم يعلم إلا بعد ما جامعها فإن شاء طلق بعد و إن شاء أمسك و نحوها رواية الحسن بن صالح عن الفقيه و الكافي و المراد بالطلاق هو الطلاق اللغوي بالفسخ لا الطلاق الشرعي

و اختلف في المحدودة في الفجور

ففي كثير من المتقدمين بل عن أكثرهم أنها ترد للعار على الزوج و لم أجد في الروايات ما يدل على هذا الحكم. نعم في بعض الروايات عن رجل تزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها أنها قد كانت زنت قال إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوجها و لها الصداق بما استحل من فرجها و إن شاء تركها و هذا يدل على جواز الرجوع على وليها بالصداق أو ليس إلا كونه عيبا يفسخ به و عن الشيخ أنه حكم بضمان الولي مع عدم الخيار و عن المختلف رده بأنهما لا يجتمعان و إثبات مثل هذا الحكم بمثل هذا المستند مشكل

و تفسخ المرأة نكاحها بالجنون الحاصل للرجل

و إن كان أدوارا سواء تجدد بعد الوطي أو كان سابقا عليه أو على العقد بلا خلاف صريح إذا كان لا يعقل أوقات الصلاة و إن كان يعقل فإن كان قبل العقد أو مقارنا له فالمعروف عمن عدا ابن حمزة الفسخ أيضا و إن كان متأخرا عن العقد فالمحكي عن أكثر المتقدمين عدم الفسخ خلافا لكثير من المتأخرين و لهم إطلاق رواية علي بن حمزة عن أبي إبراهيم ع: عن المرأة يكون لها زوج و قد أصيب في عقله بعد ما تزوجها أو عرض لها جنون فقال لها أن تنزع نفسها منه إن شاءت و أضاف إليها في المسالك إطلاق

صحيحة الحلبى أنه إنما يرد النكاح من البرص و الجذام و العفل و الجنون و اعترض بأن ظاهر السؤال المذكور فى هذه الرواية فى غير التهذيب هو حكم المرأة. نعم أورد فى التهذيب من غير سؤال و استدل للقدماء بالمحكى عن الفقه الرضوى و المسألة محل إشكال

و تفسخ المرأة نكاحها بالخصاء

و هو سل الأنثيين و إخراجهما و فى معناه حكما الوجاء و هو رض الخصيتين و حكى عن بعض أنه أفراد الخصاء فيعمه كلما دل على ثبوت خيار الفسخ بالخصاء من الأخبار الكثيرة و ظاهر اتفاق الفتاوى. نعم حكى عن الشيخ فى الخلاف و المبسوط أن الخصاء ليس بعيب لأنه يقدر على الوطى و يبالغ فيه أكثر من غيره من جهة عدم الإنزال و هو ضعيف فى مقابلة النصوص و إن لم يكن من أفراده فإلحاقه به مشكل و هذا الحكم فى الخصاء ثابت إن كان حصوله سابقا على العقد و إلا يكن سابقا فلا خيار لها لأصالة بقاء النكاح و اختصاص أدلة الفسخ بصورة تدليس الخصى و هو ظاهر بل صريح فى تقدم خصائه على العقد

و تفسخ المرأة أيضا نكاحها بالعنة

و هو كما قيل مرض يعجز معه من الإيلاج لضعف الذكر عن الانتشار من دون تقييد بعدم إرادة النساء و ربما حكى عن المصباح المنير عن بعض أهل اللغة اعتباره. و حكى عن الفقهاء الاكتفاء بالأول و يشهد بذلك رواية الكنانى و رواية أبى بصير المعبرتان عن العنن بعدم القدرة على النساء من دون تقييد بعدم إرادتهن و ثبوت الفسخ بها ثابت بالإجماع ظاهرا كما يظهر من غير واحد و يدل عليه الأخبار المستفيضة و إطلاق غير واحد منهما يدل على ثبوت الخيار و إن تجددت بعد العقد قبل الوطى و أما لو تجددت بعد الوطى و لو مرة كما فى روايتى السكونى و إسحاق أو عن عنها خاصة أو عن القبل خاصة فلا- خيار خلافا فى الأول للمحكى عن المصنف و جماعة لإطلاق بعض النصوص و قد عرفت أنها مقيدة بالروايتين المنجبرتين بفتوى الأكثر و حكاية الإجماع عن المعتبر و فى الثانى عن المفيد خاصة فاكتفى بالعنة عنها خاصة لبعض الأخبار و يقيد

المكاسب، ج۴، ص ۳۹۷

بما فى بعض آخر من اعتبار العجز عن إتيان النساء و لو ادعى الزوج الوطى لها أو لغيرها بعد ثبوت العنة صدق المدعى باليمين و علل بأنه فعله فلا يعرف إلا من قبله و تعذر الإشهاد عليه فكان كالعدة فى النساء و قيل إن المرأة لو كانت بكرا نظر إليها من يوثق بها من النساء و إن كانت ثيبا حشى قبلها خلوقا حيث لا يعلم فإن ظهر شىء منه على العضو صدق ثم مع ثبوت العنة بإقراره أو بما فى حكمه إن صبرت المرأة فلا فسخ و إلا تصبر رفعت أمره إلى الحاكم فيؤجله سنة من حين المرافعة بلا خلاف ظاهر كما ادعى للمحكى عن قرب الإسناد و رواية البخترى عن على ع أنه كان يقضى فى العنين أنه يؤجل سنة من يوم مرافعة المرأة فإن وطئها أو غيرها كما مر مع خلاف المفيد فلا فسخ و إلا فسخت و لها نصف المهر لمصححة أبى حمزة و المحكى عن الفقه الرضوى و إلا فليس الفسخ طلاقا يوجب تنصيف المهر بل مقتضى الفسخ عدم المهر أصلا و لهذا لا شىء لها لو فسخت لغيره أى غير العنن قبل الدخول. و فى احتساب مدة السفر من السنة إشكال و لو رضيت بأن يقيم معها فطلقها ثم جدد العقد عليها فلا خيار لها مع العلم بأنه الزوج السابق أما لو وطئها فى العقد الأول ثم عن فى الثانى فلها الخيار و وجهه واضح. و أما الجب و هو قطع الذكر فإن استوعب العضو فسخت المرأة به و إلا يستوعبه بل بقى مقدار الحشفة فلا فسخ أما الفسخ فى الأول فقد حكى عن المبسوط و الخلاف عدم الخلاف فيه و يدل عليه عموم رواية الكنانى الدالة على ثبوت الفسخ فى امرأة ابتلى زوجها فلم يقدر على الجماع مضافا إلى فحوى ثبوت الخيار فى الخصى مع إمكان الوطى فيه بل قيل إنه يبالغ فيه أكثر من غيره. و فى العنن مع إمكان زواله مضافا إلى نفى الضرر و أما عدم الفسخ لو بقى مقدار

الحشفة فادعى عليه الإجماع مضافا إلى لزوم الاقتصار فى مخالفة الأصل على موضع النص و لهذا لو تجدد الجب بعد العقد فلا خيار و قيل بثبوته لعموم مصححة الكنانى و رواية ابن مسكان عن أبى بصير فى امرأة ابتلى زوجها فلم يقدر على الجماع و فحوى ثبوته فى العنن و كذا يتحقق الخيار مع الرتق و قد تقدم الكلام فيه هذا إذا لم يكن إزالته بشق موضع الالتحام أو غيره و أما إذا أمكن فإن لم يمتنع المرأة عن الإزالة فلا خيار للأصل و اختصاص ما سبق من الدليل بغير الفرض و لو امتنعت فالذى اختاره المصنف قدس سره هنا هو ثبوت الخيار و فيه إشكال بل لا يبعد أن يقال بإجبارها على الإزالة مع عدم تضررها بها زائدا على ألم الإزالة لأن حق الزوج فى الاستمتاع ثابت لإمكانه و ما تقدم من دليل الخيار لا ينصرف إليه لأن التعليل المذكور فى القرن أعنى عدم القدرة على مجامعتها يراد به عدم القدرة مع إمكان العلاج و إزالة المرض كما هو الظاهر المتبادر و الله العالم.

و اعلم أن الخيار فى الفسخ و العيب و التدليس على الفور

بلا خلاف يعرف كما صرح به جماعة هذا مع العلم بالخيار و الفورية و لو جهل أحدهما فلا يبعد معذوريته إلى زمان العلم لإطلاق الأخبار و استصحاب الخيار و نفى الضرر و إن كان العيب مما يحتاج إثباته إلى المرافعة كان المرافعة فورية فإذا ثبت العيب كان الفسخ فوريا و كذا مرافعة العنن إلى الحاكم و ما يتجدد من عيوب المرأة بعد العقد لا يفسخ به و إن كان تجدده قبل الوطى لأصالة اللزوم و اختصاص أكثر الأخبار كما قيل بصورة سبقها على العقد. نعم بعضها مطلقة و لكن لا تنافى بين المطلقات و المقيدات حتى يحمل عليها إلا أن يدعى انصراف المطلقات إلى صورة تقدمها على العقد كما ادعاه فى الرياض و المسألة لذلك محل إشكال و يمكن أن يستدل على ذلك بأن الأخبار و فتاوى الأصحاب أطبقت على استحقاق الزوجة بشىء من المسمى إذا فسخ قبل الدخول و لا يتأتى ذلك إلا مع سبق العيب على العقد حتى يكون الصداق من أصله متزلزلا أما لو تجددت بعد العقد و المفروض تملك الصداق بالعقد و استقرار ملكها على المشهور فإذا حصل العيب الحادث بعد العقد يحكم بثبوت المهر كلا لأن الفسخ ليس طلاقا و لا أقل من ثبوت نصف المهر لاستقراره بالعقد و عدم وجود عيب حين العقد حتى يوجب تزلزله اللهم إلا أن يقال إن استقرار نصف المهر المجمع عليه إنما هو بالإضافة إلى عدم اشتراطه بالدخول فلا ضرر فى التزام تزلزله بالنسبة إلى العيب الحادث قبل الوطى فتأمل أما إذا تجددت بعد الدخول فينبغى القطع بعدم الخيار بل ادعى الوفاق عليه و يدل عليه كثير من الأخبار.

و حكى عن الشيخ ثبوت الخيار هنا أيضا و لا يشترط فى الفسخ شرط من شروط الطلاق لأنه ليس طلاقا شرعيا و إن أطلق عليه التطليق فى غير واحد من الأخبار و المراد الإطلاق و لا التلفظ بصيغة خاصة و لا أن تكون بحضور الحاكم خلافا للمحكى عن شاذ منا إلا فى العنة فإنه لا بد من رفع الأمر إليه ليضرب الأجل و هذا الاستثناء منقطع لأن الفسخ فى العنة لا يتوقف على الحضور عند الحاكم إذ لها الفسخ بعد انقضائه أى بدون الحاكم و كما لا يشترط الحضور عند الحاكم لا يشترط حضور شاهدين لما عرفت من أن الفسخ ليس بطلاق و إذا اختلف الزوجان فى العيب كان القول قول منكر العيب مع عدم البينة لأصالة السلامة و لزوم العقد و على المنكر اليمين فإن نكل أحلف المدعى و يثبت العيب و إذا فسخت المرأة بالعيب أو التدليس قبل الدخول فلا شىء بلا خلاف فتوى و نصا إلا فى الخصى. فقد حكى عن الشيخ و جماعة ثبوت جميع المهر عليه بالخلوة و عن أخرى ثبوت نصف المهر مع عدم الدخول مطلقا لروايتى قرب الإسناد و الفقه الرضوى إلا فى فسخها لأجل العنة فإن لها النصف و إن كان فسخها بعده أى بعد الدخول كان لها المسمى لاستقراره بالدخول قال فى المسالك و مقتضى القواعد أنه لا فرق بين الفسخ بالعيب الحادث قبل العقد و بعده لأن الفسخ لا يبطله من أصله و لهذا لا يرجع عليها بالنفقة الماضية و قال الشيخ فى المبسوط إن كان الفسخ بالمتجدد بعد الدخول فالواجب المسمى لأن الفسخ إنما يستند إلى العيب الطارى بعد استقراره و إن كان بعيب موجود قبل العقد أو بعده قبل الدخول وجب مهر المثل لأن الفسخ و إن كان فى الحال إلا أنه مستند إلى حال حدوث العيب فيكون كأنه وقع مفسوخا حين حدوث العيب فيصير كأنه وقع فاسدا

فيلحقه أحكام الفاسد فإن كان قبل الدخول فلا مهر و لا متعة و إن كان بعده فلا نفقة للعدة و يجب مهر المثل. ثم قال في المسالك و لا يخفى ضعفه لأن النكاح وقع صحيحا و الفسخ و إن كان بسبب العيب السابق لا يبطله من

المكاسب، ج۴، ص ۳۹۸

أصله بل من حين الفسخ خصوصا إذا كان العيب حادثا بعد العقد فإن دليله لا يجيء انتهى و إن فسخ الرجل قبله أي قبل الدخول فلا مهر لها و لا عدة عليها بلا خلاف نصا و فتوى و ادعى الإجماع في الرياض و إن كان بعده فلها المسمى و يرجع الزوج به على المدلس كما يظهر من الحدائق و ادعى الإجماع عليه في الرياض و للأخبار فإن كان المدلس هي سقطت إلا أقل ما يمكن أن يكون مهرا لئلا تخلو البضع عن عوض و قيل أقل مهر مثلها و الأخبار خالية عن هذا الاستثناء و لهذا أنكره جماعة كما في الرياض و ارتضاه و لو لم تكن هي المدلس بأن خفي عيب المرأة عليها و على وليها فلا رجوع للزوج على أحد.

الثاني في التدليس

و هو إظهار صفة كمال في المرأة مع انتفائها عنها أو إخفاء صفة نقص و الفرق بينه و بين العيب أن منشأ الخيار في العيب مجرد ثبوته في الواقع و في التدليس اشتراط الصفة بحيث لو لا الاشتراط لم يثبت فلو تزوجها على أنها حرة باشتراط ذلك في متن العقد لفظا أو ذكره قبله بحيث أجريا العقد على ذلك فخرجت أمة فله الفسخ عملا بمقتضى الشرط إذ ليس فائدته إلا التسلط على الفسخ مع عدمه و حكى عن الشيخ في الخلاف و المبسوط البطلان و علل تارة بعموم: المؤمنون عند شروطهم حيث إن مقتضى وجوب الوفاء بمقتضى الشرط عدم بقاء التزويج بدونه ثم رده المعلل باختصاص العموم بغير المستحق أما المستحق فلا يجب عليه الوفاء إذ له إسقاطه لأنه من حقوقه و أخرى بأن نكاح الأمة بدون إذن المولى باطل و رده المعلل بأنه مختص بما إذا لم يكن التزويج بإذن مولاها و كيف كان فهذا القول ضعيف مع إذن المولى و عدمه أما مع إذن المولى فلعموم أَوْفُوا بِالْعُقُودِ خرج منه الوفاء بالعقد قبل الإمضاء و بقي الباقي و منه هذا العقد بعد الإمضاء و أما مع عدم الإذن فلما تقدم من عدم وقوع العقد باطلا بل موقوفا على إجازة المولى. و مما ذكرنا من الدليل و عمومه يظهر ثبوت خيار الفسخ و إن دخل بها فإن التصرف مع الجهل لا يزيل خيار الشرط فإن لم يفسخ الزوج فلا كلام و إن فسخ فإن كان قبل الدخول فلا مهر بلا خلاف ظاهر إلا أن سبب الفسخ حصل من قبلها كذا علل و إن كان بعد الدخول فإن كانت المرأة قد دلست نفسها بإذن المولى لها في التزويج فتزوجت مدلسة دفع المهر إلى المولى لأنه مالك بضع الجارية فله عوضه و لا يسقط حقه بتدليس غيره و تبعها به بعد عتقها إذ في جعلها في ذمتها قبله إضرار بالمولى و في الحكم بعدم استحقاق الزوج شيئا إضرار بالزوج مع إمكان تداركه بما ذكر و اتباعها بالمهر بعد العتق ليس منافيا لحق المولى. نعم لا يقدر المملوك لأن يشغل ذمته و لو على هذا الوجه لأنه مملوك لا يقدر على شيء و لا ينافي ذلك تعلق شيء بذمته قهرا و إن كان سببه اختياريا كما لو أقرض بدون إذن مولاه فلأنه إتلاف اختياري موجب لضمانه قهرا و إن دلسها مولاها فلا مهر لأن المملوكة لا يستحق مهرا و المولى هو المدلس و ثبوت الرجوع على المدلس ينافي الحكم بوجوب الدفع إلى المولى ثم الارتجاع منه ما هو مسبب لغرامة ما يغترمه الزوج فلا معنى لاستحقاقه له ثم الرجوع به عليه و لا يستثنى في مقابل الوطي شيء من مهر المثل أو أقل يتمول و وجهه في المسالك بعموم الدليل الدال على الرجوع به على المدلس. و ينبغي أن يراد بالدليل عموم التعليل في بعض الأخبار المتقدمة في العيب ففي بعضها في مقام بيان علة الرجوع إلى ولي المرأة المعيبة إذا دلسها قال ع: و إنما جاز عليه المهر لأنه دلسها و يستفاد هذا من غيره أيضا كما لا يخفى على من راجعها و تعتق عليه أي على مولى الجارية المدلسة لو تلفظ عند التدليس بما يقتضي إنشاء العتق أو الإخبار به على وجه الإقرار و حينئذ فصح العقد مع إذن المرأة سابقا أو إجازتها لاحقا و لها المهر و لا خيار له و الولد حر و على أبيه المغرور قيمته يوم سقط حيا للمولى و يرجع به على الغار و لو كان الغار هو المولى فلا يستحق شيئا لأن الرجوع عليه لمكان غروره ينافي استحقاقه و لو كان الغار عبدا أتبع بالقيمة بعد العتق. و لو انعكس الفرض بأن تزوجت الحرة رجلا على أنه حر فبان عبدا فلها الفسخ فإن كان قبل

الدخول فلا شيء لها لأن الحدث جاء من قبلها و إن كان بعده ثبت لها المهر على السيد إن أذن في العقد لأن إذنه يستلزم تعلق عوض الوطى بذمته و إن كان بغير إذنه أتبع العبد به بعد العتق و اليسار و مستند الخيار في هذا الفرض مضافا إلى أنه مقتضى الشرط مصححة محمد بن مسلم و لو شرط كون المرأة المعينة المعقود عليها بنت مهيرة أي حرة لأن ذات مهر دائما دون الأمة فإنها قد توطأ بالملك كما قد توطأ بالمهر فبانت بنت أمة كان له الخيار في ردها فإن رد قبل الدخول فلا شيء و إن رد بعده فلها مهر المثل بما استحل من فرجها و يرجع به على المدلس. و لا خيار هنا بدون ذكر الشرط في متن العقد و تبع المصنف قدس سره هنا المحقق

رحمه الله في الشرائع حيث أطلق الحكم بالخيار في السابق بحيث يمكن أن يعمم لما إذا ذكر الشرط سابقا و أجرى العقد عليه و هنا قيد الحكم بما إذا شرط في متن العقد. و ذكر في المسالك الفرق بين هذه و السابقة من وجهين الأول إطلاق النص هناك حيث ورد السؤال فيها عن رجل تزوج حرة فوجدها أمة دلست نفسها الثاني أن الحرية أمر مهم ففواتها نقص بين يصلح لتسلط من قدم عليه على الرد إذا ظهر خلافه بخلاف الحرة التي أمها حرة أو أمة فإن التفاوت بينهما ليس كالتفاوت بين الحرة و الأمة و لا قريبا منهما بل ربما لا يظهر التفاوت بينهما أو يكون الكمال في جانب بنت الأمة مع اشتراكهما في الوصف بالحرية فلم يكن لفواته أثر إلا مع الشرط في ضمن العقد عملا بعموم الوفاء بالشرط و بفواته يظهر تزلزل العقد هذا كله إذا وقع العقد على المرأة معينة و شرط كونها بنت مهيرة فظهرت بنت أمة أما لو زوجه بنت مهيرة و أدخل عليه امرأة أخرى هي بنت أمة لم يعقد عليها ردت وجوبا بمجرد العلم فإن رد قبل الدخول فلا شيء لها عليه و إن كان بعده مع جهل الزوجة بعدم العقد عليها كان عليه مهر المثل لأجل وطء الشبهة و عليها العدة و يرجع الرجل به أي بالمهر على السابق المدلس و مع علم الزوجة بالحال فلا شيء لها لأنها بغي و لا عدة عليها مع علم الرجل لعدم احترام ماء الزنى و كذا الحكم في كل من سبق إليه غير زوجته و قد ورد به غير واحد من الأخبار و لو شرط البكارة فظهرت ثيبا فلا فسخ لاحتمال زوال البكارة بعد العقد و الأصل تأخر الحادث و مع الشك في تاريخهما لا سبب للفسخ و إن لم يمكن الحكم بتأخر الثيبوبة عن العقد لأن الخيار لا يثبت إلا ذا علم سببه و هو تقدم الثيبوبة على العقد و لو فرض حصول العلم بتاريخ الثيبوبة و شك في زمان العقد فلا خيار أيضا و إن

المكاسب، ج۴، ص ۳۹۹

كان الأصل تأخر العقد لأن أصالة تأخر العقد لا يثبت تقدم العيب و إن كانا متلازمين عقلا لأن ثبوت أحد المتلازمين عقلا بالأصول الشرعية الظاهرية لا يثبت الآخر كما قرر في محله. و بالجملة لا يحكم بالخيار إلا أن يعلم سبق الثيبوبة على العقد ثم على تقدير عدم الفسخ لعدم العلم بسبقها على العقد أو اختيار البقاء في موضع له الفسخ هل له أن ينقص عن المسمى بنسبته ما بين المهرين أو لا ينقص مطلقا أو ينقص شيء و لم يرد من الشارع تقديره و قد يفسد بالسدس قياسا على الوصية بالشيء أو تقديره موكول إلى نظر الحاكم أقوال و على الأول بأن الرضا بالمهر المعين إنما حصل على تقدير اتصافها بالبكارة فيلزم التفاوت كأرش ما بين الصحة و المعيب و ضعف بأن ذلك إنما يكون حيث تثبت فواته قبل العقد أما مع إمكان تجدده بعده فلا دليل على سقوط شيء من المسمى و هذا الإيراد يبنى عن تسليم النقص مع تحقق سبق الثيبوبة. و وجه القول الثالث بوروده فإنه ينقص بقول مجمل فإما أن يحمل على مسمى الشيء أو يحمل على السدس أو يفوض إلى الحاكم و وجه العدم مطلقا هو أن النقص على خلاف الأصل فإن مقتضى العقد وجوب جميعه فإن أمضى العقد وجب العمل بمقتضاه و ليس للشرط تأثير إلا الخيار بين الرد و الإمساك و لهذا لا يحكم بشيء مع فوات الوصف المشروط في المبيع و هذا أقوى لو لا الرواية المصححة الواردة في النقص و معها فيوجه وكوله إلى نظر الحاكم و حينئذ فالأولى أن يقال إن على الحاكم أن ينظر في نفس هذه المسألة الخلافية و يحكم بما يؤدي إليه نظره بل قد يقال إن وكول ما ينقص إلى الحاكم لا دليل عليه لأن تعيين ما أبهمه الشارع ليس موكولا إلى الحاكم و يمكن أن يقال إن الظاهر من الرواية حيث لم يبين مقدار النقص هو نقص التفاوت لأنه المتعارف في تدارك الفائت و قد وكله الشارع إلى التعارف بل مقصود السائل أيضا السؤال عن نقص التفاوت كما لا يخفى على من تأمل قليلا و لو شرط إسلامها فبانت كتابية فإن قلنا بجواز ابتداء النكاح الكتابية فله الفسخ

قضیئة للشرط و لا خیار مع عدم ذکر الشرط فی متن العقد لأصالة اللزوم کما فی کل عقد لم یذکر فی متنه شرط و لو تزوجت علی أنه حر فبان مملوکا فلها الفسخ و قد تقدم أن لها المهر مع الدخول و لو أدخلت امرأة کل من الزوجین علی الآخر فلها مهر المثل علی الواطئ بشبهة و المسمی علی الزوج و ترد زوجة کل منهما إلیه و لکن لا یطأها إلا بعد العدة

مسألة لا خلاف بین الأصحاب کما صرح به جماعة فی وجوب القسم بین الزوجات فی الجملة

اشارة

و یدل علیه الأخبار المستفیضة أیضا و إنما الإشکال و الخلاف فی أنه هل یجب بنفس العقد و التمکین فیجب للزوجة الواحدة لیلة من أربع لیال و للاثنین لیلتان و للثلاث ثلاث و الفاضل عن تمام الأربع له یضعه حیث یشاء فإن کن أربعا فلیس له شیء للفاضل من اللیالی و کلما فرغ دوره من القسمة یجب علیه الشروع فی دوره أخری أم یتوقف وجوبه علی الشروع فی القسمة و یتفرع علیه کما ذکره جماعة و نسبه بعض إلی الأصحاب عدم الوجوب للزوجة الواحدة و عدم وجوب الابتداء بها للمتعددة.

نعم لو بات عند واحدة لیلا یجب علیه المبیت عند غیرها فإذا انقضت دوره القسمة یجب علیه استیناف دوره أخری إلی أن یبیت عند بعضهن فیجب علیه إیفاء القسمة للباقیات ثم لا یجب علیه الاستیناف و هکذا و المشهور کما صرح به جماعة علی الأول و حکی عن الشیخ فی المبسوط و المحقق فی الشرائع و العلامة فی التحریر الثانی و اختاره الشهید و سبطه و صاحب الکفایة و صاحب الحدائق و قواه فی الریاض.

و یمکن أن یستدل للمشهور بجملة من الآیات و الأخبار

فمن الآیات

قوله تعالی وَ عاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ دل علی وجوب معاشرة النساء فی الجملة و لا یصدق عرفا بمجرد الاتفاق و لا بانضمام وطئها فی کل أربعة أشهر مرة واحدة بأقل مما یوجب الغسل فدل علی وجوب آخر یوجب صدق المعاشرة و لیس غیر المضاجعة بالإجماع فتعین وجوبها و أورد علیه فی المسالک بأن المعاشرة تتحقق بدون المضاجعة بل بالإیناس و الإنفاق و تحسین الخلق و الاستمتاع بالنهار أو باللیل مع عدم استیعاب اللیلة بالمبیت بل مع عدم المبیت علی الوجه الذی أوجبه القائل بل یمکن تحصیل المعاشرة بالمعروف زیادة فی الأوقات مع عدم مبیته عندهن. و فیه ما عدا الإنفاق من هذه الأمور التی ذکرها غیر واجب إجماعا و قد عرفت أیضا عدم تحقق المعاشرة عرفا بمجرد الإنفاق أو بانضمام أقل الواجب من الوطی فلم یبق هنا ما یصلح أن یکون واجبا إلا المضاجعة مع أن مثل هذا الإیراد لو توجه لم یمکن الاستدلال بالآیة علی وجوب المضاجعة و القسمة فی الجملة الذی لا خلاف فیه مع أنه قدس سره کغیره استدل بها علیه. و منها قوله تعالی فَلا تَمِیلُوا کُلَّ الْمَیْلِ فَتَذَرُوها کَالْمُعَلَّقَةِ أی لا تمیلوا إلی تقدیم إحدی الزوجتین حتی تذروا الأخری کالمعلقة لا ذات بعل و لا مطلقة فدلت علی تحریم المیل لأجل العلة المذکورة و هی أن تذرها کالمعلقة و لا ریب فی تحقق هذه الغایة فی ترک القسمة ابتداء فیتحقق التحریم. و منها وَ اللَّاتِی تَخافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَ اهْجُرُوهُنَّ فِی الْمَضاجِعِ وَ اضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَکُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَیْهِنَّ سَبِیلًا دل علی جواز الهجرة فی المضاجع مع خوف النشوز أو مع علمها علی اختلاف فی التفسیر فیدل بمفهومه المعتبر هنا اتفاقا ظاهرا و إن کان مفهوم الوصف علی عدم جوازه مع عدم خوف النشوز و وجه اعتبار مفهوم الوصف هنا أنه فی مقام تحدید الصنف الذی یجوز هجره من النساء مضافا إلی وجود القرینة فی ذیل الآیة و هو قوله فَإِنْ أَطَعْنَکُمْ فَلا تَبْغُوا عَلَیْهِنَّ سَبِیلًا

و أما الأخبار

فمنها موثقة محمد بن قيس عن أبى جعفر ع قال: إذا كانت الأمة عنده قبل نكاح الحرة على الأمة قسم للحرة الثلثين من ماله و نفسه يعنى النفقة و للأمة الثلث من ماله و نفسه و ردها فى المسالك تارة بضعف الدلالة حيث إنها بظاهرها تدل على وجوب ما ليس بواجب إجماعا لعدم وجوب قسم الحرة بالثلثين من تمام الأوقات و الأمة الثلث و أخرى بضعف السند. أقول أما الإيراد بضعف الدلالة فضعيف لأن دلالتها على وجوب ما ليس بواجب إجماعا لا يوجب طرح الرواية فإن التقييد و التخصيص فى المطلقات و العمومات بواسطة الإجماع ليس بعزيز فكما أن المراد بالمال فى الرواية خصوص النفقة كما فسره الإمام ع فكذا المراد من النفس

المكاسب، ج۴، ص ۴۰۰

المضاجعة إذ ليس غيرها واجبا إجماعا و أما الإيراد بضعف السند فإن كان بواسطة محمد بن قيس حيث إنه مشترك بين الثقة و الضعيف ففيه أن الظاهر كما استظهره غير واحد هو وثاقة من يروى عنه عاصم بن حميد كما فى هذه الرواية مع أن ما سيجىء من الرواية فى العمل بكتب بنى فضال كان فى هذا المجال حيث إن الرواية مأخوذة ظاهرا من كتاب على بن الحسن بن فضال و إن كان ضعفه بواسطة نفس على بن فضال حيث إنه فطحى ففيه أنه غاية الوثاقة و الورع فى دينه كما يظهر من ملاحظة ترجمته مضافا إلى أن الشيخ أخذ الرواية من كتابه كما هو الظاهر من عادته فيمن يبتدئ به فى السند. و قد ورد رواية حسنة كالصحيحة: فى شأن على بن فضال و أبيه و أخويه و كتبهم عن العسكرى ع قال خذوا ما رووا و ذروا ما رأوا مضافا إلى انجبار الرواية بالشهرة. نعم هذا الإيراد منهم حسن على قاعدته من التأمل فى الضعيف المنجبر و لو كان موثقا حيث قال فى مقام آخر و لا أذكره إلا أن العمل بالموثق خروج عن قيد الإيمان و جبر الضعف بالشهرة مجبور بالشهرة. و منها موثقة عبد الرحمن بابن فضال و أبان عن أبى عبد الله ع و فيها: للحرة ليلتان و للأمة ليلة و منها صحيحة ابن مسكان: فإن تزوج الحرة على الأمة فللحرة يومان و للأمة يوم و نحوها المحكى عن الفقيه مرسلا و رواية أبى بصير. و منها صحيحة الحلبى أو حسنة بابن هاشم قال: سألت أبا عبد الله ع عن قوله تعالى وَ إِنِ امْرَأَةٌ خافَتْ مِنْ بَعْلِها نُشُوزاً أَوْ إِعْراضاً قال هى المرأة تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها إنى أريد أن أطلقك فتقول لا تفعل إنى أكره أن تشمت بى و لكن أنظر فى ليلتى فاصنع بها ما شئت و ما كان سوى ذلك من شىء فهو لك و دعنى على حالى فهو قوله تعالى فَلا جُناحَ عَلَيْهِما أَنْ يُصْلِحا بَيْنَهُما صُلْحاً و هذا هو الصلح فإن الرواية كما ترى ظاهره فى كون الليلة حقا للزوجة و لهذا لها إسقاطها و المصالحة بها كسائر الحقوق على ترك الطلاق و نحوها رواية أبى بصير و رواية زيد الشحام و المروى فى تفسير العياشى عن البزنطى عن مولانا الرضا ع و رواية زرارة الواردة كلها فى تفسير الآية الشريفة المذكورة و أظهر من الجميع رواية على بن حمزة الواردة فى تفسير الآية عن أبى الحسن ع قال: إذا كانت كذلك فهم بطلاقها فقالت له أمسكنى و أدع بعض ما عليك و أحلك من يومى و ليلتى حل له ذلك و لا جناح عليهما و لا يقدح فى هذه الرواية و فى غيرها اشتمالها على ذكر اليوم مع الليلة مع أن اليوم ليس حقا لها على المشهور لأن ترك ظاهر الرواية فى بعض موارده لا يوجب طرحها بالنسبة إلى الباقى مع أن كون الزوج عند الزوجة فى صبيحة ليلتها من الحقوق المستحبة و قيلولته عندها من الحقوق الواجبة عند الإسكافى على ما حكى عنه فليس شىء من الرواية مخالفا للإجماع هذا كله مضافا إلى أن فى هجر الزوجة فى المضاجع ضرر عظيم عليها نفى بعموم لا ضرر و لا ضرار الذى تمسكوا بها كثيرا فى موارد خيار الفسخ للزوجين و غيرها و بخصوص ما يستفاد من بعض الروايات من حرمة مضارة الرجل المرأة و المرأة الرجل ثم إن هذه الأدلة و إن اختص بعضها بوجوب القسمة مع تعدد الزوجة إلا أن بعضها يشمل صورة اتحادها مضافا إلى ما يظهر من المسالك من عدم القول بعدم الوجوب فى الواحدة و الوجوب المتعددة و يمكن أن يستفاد من كلام غيره أيضا. نعم حكى فى الرياض عن ابن حمزة التصريح باشتراط التعدد فى وجوب القسمة قال بعده و حكى أيضا عن ظاهر جماعة كالمقنعة و النهاية و المهذب و الجامع

انتهی کلامه رفع مقامه و یحتمل قویا أن یکون مراد ابن حمزة من القسمة التی اشترط فیها تعدد الزوجة هی القسمة بین الزوجات و لا ریب فی اعتبار تعدد الزوجة فی مفهومها و أما القسم للواحدة بمعنی إعطائها قسما أو حظا من اللیالی أو نصیبا من المعاشرة فلا یعتبر فیه التعدد و کیف کان فلعل مستند التفصیل اختصاص ما اعتبر سنده و دلالته من الأدلة المذکورة بصورة التعدد و عدم ثبوت الإجماع المرکب و ضعف ما دل منها علی العموم سندا و دلالة علی سبیل منع الخلو فیرجع فی صورة الاتحاد إلی أصالة البراءة و من ذلک یظهر مستند القائلین بعدم الوجوب مطلقا حیث إنهم ضعفوا دلالة ما اعتبر

سنده و سند ما اعتبر دلالته و لم یزیدوا علی ما فی المسالک و قد ذکرنا و قد استدل له فی المسالک مضافا إلی الأصل بقوله تعالی فَانْکِحُوا ما طابَ لَکُمْ مِنَ النِّساءِ مَثْنی وَ ثُلاثَ وَ رُباعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَواحِدَةً أَوْ ما مَلَکَتْ أَیْمانُکُمْ قال إن الآیة تدل علی أن الواحدة کالأمة لا حق لها فی القسمة المعتبر فیها العدل و لو وجبت لها لیلة من الأربع لساوت غیرها و کل من قال بعدم الوجوب للواحدة قال بعدمه للأزید إلا مع الابتداء انتهی. و فیه أنه لا دلالة فی الآیة علی کون الواحدة کالأمة و عطفها علیها لا یدل علی اتحادهما بل المراد و الله العالم فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا بین الزوجات فانکحوا واحدة فتسلموا من المیل و الحیف أَوْ ما مَلَکَتْ أَیْمانُکُمْ و لو کانت متعددة و لأن منافعها مملوکة للمولی فلا یلزم ظلم علیهن و لو ترک المولی استیفاء المنفعة من بعضهن لأن ترک الرجل الحق المختص به لیس ظلما و کیف کان فلیس فی الآیة دلالة علی المطلوب و لا إشعار. نعم یمکن أن یتمسک لهم بما دل من الأخبار علی حصر الحق الواجب للمرأة فی أن یکسوها من العری و یطعمها من الجوع کموثقة إسحاق بن عمار و روایة عمر ابن جبیر العزرمی و روایة شهاب بن عبد ربه و نحوها و یمکن الجواب عنها بأن المراد بحق الزوجة فی تلک الأخبار حقها المختص بها و لا ضیر فی حصره فیما ذکر فیها فإن القسم عند من یوجبه إنما هو من الحقوق المشترکة بین الزوجین و لیس مختصا بالزوجة فتأمل. و بالجملة فالمسألة محل التأمل و إن کان ما ذهب إلیه المشهور لا یخلو عن قوة مع أنه أحوط

المکاسب، ج۴، ص ۴۰۱

۹- رسالة فی المواریث

مسألة «۱» [۱] المقتضی للإرث أمران: نسب، و سبب.

و المراد بالنسب: علاقة بین شخصین تحدث من تولّد أحدهما من الآخر، أو تولدهما من ثالث. و السبب أربعة: الزوجیة، و ولاء العتق، و ولاء ضمان الجریرة، و ولاء الإمامة. و النسب ثلاث مراتب. المرتبة الأولی: الأبوان و الأولاد. و لا یرث معهم أحد عدا الزوج و الزوجة: بإجماع الإمامیّة، و السنّة المتواترة معنی عن أهل البیت علیهم السلام. فللأب المنفرد المال، و کذا الأم المنفردة. و لو کان معهما أو مع أحدهما ابن، فلکلّ واحد منهما السّدس، و الباقی‌للابن. و لو کانت «۲» بنت أعطیت من الباقی نصف المال، و ردّ الباقی منه إلیها و إلیهما أو إلی أحدهما علی حسب السهام، بالإجماع، و الأخبار المستفیضة. و لو کان للمیّت إخوة بالشّروط الآتیة- فی حجبهم الامّ عن الثلث- فالمعروف- الّذی ادعی علیه الاتّفاق فی المسالک «۳»، و عدم معرفة الخلاف فی الکفایة «۴»- : أنّهم یحجبونها هنا عن حصّتها من الفاضل المردود، و لم أجد علیه دلیلا. و استدلّ علیه بقوله تعالی فَإِنْ کانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ «۵». و فیه: إنّ الظاهر کونه تتمّة لقوله تعالی فَإِنْ لَمْ یَکُنْ لَهُ وَلَدٌ وَ وَرِثَهُ أَبَواهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ «۶» فیختصّ بصورة فقد الولد، مع أنّ إثبات السّدس لها بالفرض لا یستلزم نفی الزائد بالردّ، کما أنّ قوله تعالی وَ لِأَبَوَیْهِ لِکُلِّ واحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَکَ إِنْ کانَ لَهُ وَلَدٌ «۷» لا یوجب نفی الردّ فی صورة کون الولد بنتا «۸» و لهذا یردّ الاستدلال للمطلب بهذه الآیة بدعوی: أن ظهورها عرفا فی نفی استحقاق الزائد، خرج من عمومها ما اتّفق فیه علی الردّ علیها، و بقی الباقی. و استدلّ علیه أیضا: بأنّ الإخوة إذا حجبوها عن فرضها الأصلی- و هو الثلث- فلأن یحجبوها عن المردود علیها بالقرابة أولی. و فی الأولویّة منع. و استدلّ علیه- أیضا- بعموم ما علّل به حجبهم إیّاها عن

الثلث من التوفير على الأب لكون الإخوة عيالا له «۹». و فيه: إنّه ظاهر فيما إذا كان المحجوب عنه «۱۰» موفّرا بتمامه على الأب، فلا يشمل ما إذا كان الموفّر عليه جزءا «۱۱» قليلا- من المحجوب عنه، كما هو المشهور بين القائلين بالحجب. نعم ذهب معين الدين المصرى «۱۲» منهم [إلى] اختصاص المحجوب عنه بالأب، و أنّه لا تعطى البنت منه شيئا، و قوّاه فى الدروس «۱۳». و يضعّف بما دلّ على وجوب كون الردّ على ذوى السهام المفروضة بقدر سهامهم، كعموم التعليل فى رواية حمران بن أعين عن أبى جعفر عليه السلام فى رجل ترك ابنته و امه: «إنّ الفريضة من أربعة أسهم لأنّ للبنت ثلاثة أسهم، و للأمّ السّدس سهم، و بقى سهمان فهما أحقّ بهما من العمّ و ابن الأخ «۱۴»، لأنّ البنت و الامّ سمّى «۱۵» لهما، و لم يسمّ لهم، فيردّ عليهما بقدر سهامهما» «۱۶». دلّت على أنّ كلّ من سمّى له فيردّ عليه بقدر سهمه، و فى الطريق موسى بن بكر «۱۷» الواسطى الواقفى، إلّا أنّ الظاهر كونه ثقة لما عن الفهرست من رواية صفوان عنه «۱۸»، مع اعتضادها بالشّهرة، و برواية بكير «۱۹» الموافقة لها من حيث المضمون. و بأنّ تخصيص الأب بالرّد دون البنت- مع كونها أكثر نصيبا منه- ترجيح من غير مرجّح، و إنّما انفرد بالردّ مع عدم الأولاد «۲۰» لعدم قريب آخر معه. اللّهمّ إلّا أن تعارض الروايتان بعموم ما دلّ على حكم حجب الإخوة للأمّ «۲۱» حيث إنّها ظاهرة فى اختصاص المردود بالأب. و لو كان مع الأبوين أو أحدهما زوج أو زوجة كان لأحد الزوجين- مع عدم الولد- نصيبه الأعلى، و معه نصيبه الأدنى، و الباقى للولد، فإن فضل عن فريضته «۲۲» شيء- كما لو كانت بنتا واحدة- ردّ عليها و على أحد الأبوين، و لو لم يف الباقى بفريضته «۲۳»- كما لو كانتا بنتين- دخل النقص عليهما دون الأبوين و أحد الزوجين، بالإجماع، و الأخبار المستفيضة الدالة على بطلان العول «۲۴»، و المصرحة بأنّ الأبوين و الزوجين لا يدخل عليهم النقص عن سهامهم النازلة أبدا «۲۵».

مسألة [۲] للزوج من تركة زوجته الربع إن كان لها ولد، و إلّا فالنصف،

و الباقى لسائر ورثتها بالنسب أو السبب. و لو لم يوجد منهم عدا الإمام ردّ الباقى على الزوج، على المعروف من غير سلّار «۲۶» من علمائنا، و عن الشيخين «۲۷» و السيّدين «۲۸» و الحلّى «۲۹» دعوى الإجماع، و به أخبار مستفيضة «۳۰»، و بذلك يخصص عموم قوله: «لا يردّ على الزوج و الزوجة» «۳۱» و مع توجّه احتمال حمله على التقيّة، أو وروده فيما إذا جامع أحد الزوجين لذى «۳۲» فرض من اولى الأرحام- بحيث تزيد التركة على فرضهما- كأحد الزوجين مع الأم «۳۳» أو الأخ «۳۴» [لها] «۳۵».

مسألة [۳] للزوجة من تركة زوجها الثمن إذا كان له ولد، و إلّا فالربع، و الباقى لسائر الورثة.

و مع عدمهم- عدا الإمام- ففى ردّ الباقى عليها، أو كونه للإمام، أقوال: ثالثها: الأوّل مع غيبة الإمام عليه السلام، و الثانى مع حضوره عليه السلام. و خيرها أوسطها للأصل، لأنّ ثبوت الزائد عمّا فرض لها فى الكتاب يحتاج إلى دليل، و لا يعارض بأصالة عدم ثبوته للإمام عليه السلام لأنّه إذا ثبت- و لو بحكم الأصل- عدم ثبوت وارث و مستحق لهذا المال، ثبت كونه للإمام عليه السلام، لما دلّ على أنّه وارث مع عدم الوارث «۳۶»، و للأخبار المستفيضة «۳۷» المعتضدة بفتوى الأكثر، إذ لم يحك الأوّل إلّا عن المفيد «۳۸»، [و يدلّ عليه الصحيح] «۳۹»: «عن رجل مات و ترك امرأته؟ قال: المال لها» «۴۰» و يردّ بالشذوذ لأنّ القول به «۴۱» مختصّ بالمفيد فيما وجدنا و مع ذلك فرجوعه عنه محكىّ عن الحلّى «۴۲». و عن الانتصار: عدم عمل الطائفة بالرواية الدالّة على الردّ على الزوجة «۴۳». و عن الحلّى: إنّه لا خلاف فيه بين المحصلين «۴۴».

و القول الثالث «۴۵» للصدوق قدّس سرّه «۴۶» و جماعة من المتأخّرين، و لا مستند لهم سوى الجمع بين الأخبار، بتقييد مستند المفيد «۴۷» بزمان غيبة الإمام عليه السلام و هو بعيد. و أفرط الحلّى- فيما حكى عنه «۴۸»- فى تبعيده «۴۹» حيث إنّ قوله: «رجل مات» بصيغة الماضى، فحمله على زمان غيبة الإمام عليه السلام المتأخّر عن زمان صدور هذا الكلام بأزيد من مائة عام لا وجه له [فى المقام] «۵۰»

مسألة [۴] توارث الزوجين لا يتوقف على الدخول،

بالإجماع- ظاهرا- و غير واحد من الأخبار «۵۱»، مضافا إلى ظاهر الآية. و يثبت التوارث بين الزوج و مطلّقته

المكاسب، ج۴، ص ۴۰۲

رجعيّا فى العدّة بلا خلاف، و فى المسالك «۱» و الرياض «۲»: الإجماع عليه على الظاهر لغير واحد من الأخبار «۳»، و لأنّها بحكم الزوجة. و لا توارث بين الزوج و مطلّقته بائنا، إلّا أن يطلّق المريض رجعيّا أو غيره، فترث منه لو مات فى المرض ما بينه و بين سنة إذا لم تتزوّج المرأة.

مسألة [۵] المعروف من غير الإسكافى أنّ الزوجة غير ذات الولد من زوجها الذى مات لا ترث من جميع أمواله،

بل تحرم عن أشياء «۴». و عن نكت الشهيد و غيره: دعوى الإجماع عليه «۵»، و أنّه من متفردات «۶» الإماميّة «۷».

ثمّ اختلفوا فيما يحرم منه على أقوال: أقواها: ما نسب إلى المشهور، من أنّها لا ترث من الأرض مطلقا عينا و لا قيمة، و ترث من قيمة البناء و الآلات المثبتة فيه من الأبواب و الأخشاب و الجذوع و القصب، و من «۸» قيمة الشجر، لصحيحة مؤمن الطاق المرويّة فى الفقيه عن أبى عبد اللّه عليه السلام قال: «سمعته يقول: لا يرثن النساء من العقار شيئا، و لهنّ قيمة البناء و الشجر و النخل، يعنى بالبناء: الدور، و إنّما عنى من النساء: الزوجة» «۹». و ليس فى السند- عدا محمّد بن موسى المتوكّل- من يتأمّل فيه، و هو و إن لم يحك عن الشيخ و النجاشى توثيقه، إلّا أنّه وثّقه العلّامة «۱۰» و ابن داود «۱۱»، و قد ترضّى الصدوق عليه «۱۲» و كان من مشايخه «۱۳». و بالجملة، لا يقصر حاله عن إبراهيم بن هاشم، مضافا إلى أنّ عمل الأكثر على الرواية. و أمّا ذات الولد من الزوج «۱۴»، فظاهر الكلينى «۱۵» و المحكى عن المفيد «۱۶»، و الشيخ فى الاستبصار «۱۷»، و السيد «۱۸»، و أبى الصلاح «۱۹»، و ابن إدريس «۲۰» إلحاقها «۲۱» بغيرها، و هو ظاهر المحقق فى النافع «۲۲»، و المحكى عن تلميذه مصنف كشف الرموز «۲۳»، و ذهب إليه كثير من متأخرى المتأخّرين، و قوّاه فى المسالك «۲۴».

خلافا لجماعة، منهم: الصدوق «۲۵»، و الشيخ فى النهاية «۲۶»، و القاضى «۲۷» و ابن حمزة «۲۸»، و المحقق فى الشرائع «۲۹»، و الفاضل «۳۰» و ولده «۳۱»، و الشهيد فى اللمعة «۳۲»، و الفاضل المقداد فى كنز العرفان «۳۳»، و نسب إلى المشهور- سيّما بين المتأخرين «۳۴»- فحكموا بتوريثها من أعيان جميع التركة، للجمع بين أخبار كثيرة مانعة بقول مطلق أو عام «۳۵»، و صحيحة ابن أبى يعفور الدالة على مذهب الإسكافى «۳۶»، و مقطوعة ابن أذينة: «فى النّساء، إذا كان «۳۷» لهنّ ولد أعطين من الرباع» «۳۸». و الجمع خال عن الشاهد لحمل «۳۹» رواية ابن أبى يعفور على التقيّة، و المقطوعة لا تصلح لتخصيص عمومات كثيرة.

مسألة [۶] إذا مات شخصان متوارثان، و لم يعلم تقدّم موت أحدهماعن الآخر،

فإن كان موتهما أو أحدهما حتف الأنف، فالأظهر عدم إرث واحد منهما عن الآخر لأنّ هذا الإرث مخالف للأصل الدالّ على توقّف الإرث على تحقّق حياة الوارث عن الموروث «۴۰»، فيقتصر فيه على مورد الدليل- و ليس فى المقام- مضافا إلى دعوى الإجماع فى المسالك، و نقله «۴۱» فيه عن جماعة «۴۲». و كذا إن كان موتهما بسبب غير الغرق و الهدم لما ذكر، خلافا لجماعة، فألحقوه بهما، و لم أجد لهم دليلا- تطمئنّ إليه النفس. و إن كان موتهما بسبب الغرق و الهدم، فلا إشكال فى توريث كل منهما عن الآخر لو ترك شيئا. و الظاهر عدم الخلاف فيه، مضافا إلى الأخبار المستفيضة. منها: صحيحة محمّد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام: «عن رجل سقط عليه «۴۳» و على امرأته بيت، فقال: تورّث المرأة من الرجل و الرجل من المرأة» «۴۴». و ظاهر هذه الصحيحة تقديم الأقل نصيبا فى التوريث لو «۴۵» ثبت عدم الفصل بين موردها و غيره، و قال به جماعة «۴۶»، و استنبط منه المفيد و الديلمى قدّس سرّهما: أنّ كلّ

واحد منهما يرث ممّا ورث من صاحبه، و لا يختصّ توارثهما بصلب «۴۷» أموالهما «۴۸»، و إلّا «۴۹» كان تقديم الأقل نصيبا غير مفيد. و فيه- بعد تسليم دلالة الصحيحة على وجوب التقديم- منع انحصار فائدته فى توريث كلّ ممّا «۵۰» ورث صاحبه منه، فلعلّه أمر «۵۱» تعبدىّ لا نعلمه. و لمّا ثبت أنّ هذا التوريث مخالف للأصل، فالمتيقن الخروج عنه هو «۵۲» توريث كلّ عن «۵۳»

صلب مال صاحبه، لا عمّا «۵۴» ورث منه، وفاقا لغير هذين الجليلين من الأجلّاء المتقدّمين و المتأخّرين. مضافا إلى رواية حمران بن أعين، عمّن ذكره، عن أمير المؤمنين عليه السلام فى قوم غرقوا جميعا؟ قال: «يورّث هؤلاء من هؤلاء، و هؤلاء من هؤلاء، و لا يورّثوا هؤلاء ممّا ورّثوا شيئا» «۵۵». و يدلّ على هذه- أيضا- صحيحة عبد الرحمن بن الحجّاج فى أخوين غرقا، لأحدهما مال، قال: «المال لورثة الّذى ليس له مال» «۵۶». و نحوها غيرها. و اللّه العالم.

مسألة [۷] «۵۷» المحكىّ عن الأكثر: أنّ التركة لا تنتقل إلى ورثة «۵۸» الميّت مع اشتغال ذمته بدين يحيط بها «۵۹»،

بل عن السرائر: إنّه لا خلاف فى أنّ التركة لا تدخل فى ملك الورثة و لا الغرماء، بل تبقى موقوفة على قضاء الدين «۶۰».
و عنه «۶۱»- أيضا- أنّه الذى تقتضيه أصول المذهب «۶۲». للأصل، و قوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِها أَوْ دَيْنٍ «۶۳». و الأخبار الظاهرة فى توقّف الإرث على براءة الميّت، مثل ما ورد فى دية المقتول: إنّه يرثها «۶۴» أولياؤه ما لم يكن عليه دين «۶۵». و قوله عليه السلام فى رواية عبّاد بن صهيب «۶۶» المرويّة فى زكاة الكافى: «إنما هو بمنزلة الدين «۶۷»، ليس للورثة شىء حتّى يؤدّوا «۶۸» ما أوصى من الزكاة» «۶۹» و نحو ذلك من الأخبار. و لأنّه لو انتقل إلى الوارث لأعتق عليه محارمه المملوكة للمورّث بمجرّد موته، و التالى باطل بلا خلاف. و لاستمرار طريقة الناس على دفع النماء فى الدين. خلافا للمحكىّ عن جماعة منهم الفاضل «۷۰»، و الشهيد «۷۱» و المحقّق الثانيان «۷۲»، فقالوا بالانتقال إلى الوارث، و عن التذكرة: إنّه الحقّ عندنا «۷۳» و إن تعلّق به حقّ الديّان لإطلاق الآيات مثل قوله إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَ لَهُ أُخْتٌ فَلَها نِصْفُ ما تَرَكَ «۷۴» دلّ «۷۵»

على سببية هلاك المورّث لتملك الوارث، و قوله تعالى لِلرِّجالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوالِدانِ وَ الْأَقْرَبُونَ.. «۷۶» الآية، و قوله تعالى وَ أُولُوا الْأَرْحامِ بَعْضُهُمْ أَوْلى بِبَعْضٍ «۷۷». و لأنّه لو لم ينتقل إلى الوارث لزم إمّا كونه ملكا بلا مالك، أو بقاؤه على ملك الميت، أو انتقاله إلى غير الوارث، و الأوّل باطل [إذ يترتّب عليه ما يتوقّف على الملك، كورود البيع و الإجارة عليه، و ضمانه بالمثل و القيمة، و منه يظهر بطلان الثانى، مضافا إلى أنّ الملك من الإضافات المتوقفة على تحقّق أطرافها، مضافا إلى ظهور الاتّفاق عليه كما عن حجر جامع المقاصد «۷۸»] «۷۹» و إن حكى عن الخلاف أنّه حكم بأنّ من أوصى بعبد ثمّ مات قبل هلال شوّال و لم يقبل الموصى له إلّا بعد الهلال، إنه لا يلزم فطرته على أحد «۸۰». و ظاهره- كما فهم الحلّى فى محكى السرائر «۸۱»- بقاء العبد بلا مالك، فتأمّل. و أمّا الميت فغير قابل للملك، مع أنّه لا يترتّب عليه أحكام المالك كانعتاق أقاربه، و انتقال عوض ماله إليه عند المعاوضة عنه، مع أن الإجماع على عدم بقائه على ملكه حقيقة، و انتقاله إلى غير الوارث مخالف للإجماع. و به يندفع احتمال انتقاله إلى اللّه تعالى- كما صرّح به بعض «۸۲» فيها- مع أنّ ملكيّته تعالى بالملكيّة المتعارفة بين الناس محلّ نظر، و إن قال به جماعة فى الوقف العامّ «۸۳». و لأنّه لو لم ينتقل إلى الوارث لم يشارك ابن

المكاسب، ج۴، ص ۴۰۳

الابن عمّه فى ميراث جدّه [إذا مات أبوه قبل إيفائه دين جده] «۱»، و التالى باطل إجماعا. و لأنّه لو لم «۲» ينتقل إليه لم يجز له الحلف لإثبات مال لمورّثه على غيره لظهور النصوص و الفتاوى فى أنّ اليمين المنضمّة إلى الشّاهد الواحد هو يمين صاحب الحق.

مسألة [۸] المحكىّ عن الأكثر: أنّ مال الميّت باق على حكم ماله إذا كان عليه دين مستوعب،

بل عن موضع من السرائر- فى مقام النقض على من استدلّ على انتقال الموصى به إلى الموصى له بموت الموصى، بأنّه لولاه لزم بقاء الملك بلا مالك- : إنّه لا خلاف فى أنّ التركة لا تدخل فى ملك الورثة و لا الغرماء، بل تبقى موقوفة على قضاء الدين «۳». و عن موضع آخر: أنّه الذى تقتضيه أصول مذهبنا «۴». للأصل، و قوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِها أَوْ دَيْنٍ «۵»، و الأخبار «۶» المستفيضة الواردة فى توقّف الإرث على براءة ذمّة الميت، كصحيحة سليمان «۷» بن خالد: «قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى دية المقتول: إنّه يرثها الورثة على كتاب اللّه و سهامهم إذا لم يكن على المقتول دين» «۸». و فى المصحّح عن عباد بن صهيب- الّذى قيل فيه: إنّه ثقة جليل «۹»- عن أبى عبد اللّه عليه السلام «فى رجل فرّط فى «۱۰»

إخراج الزكاة، فلمّا حضره الموت حسب جميع ما كان فرّط فيه ممّا يلزمه من الزكاة، ثمّ أوصى أن يخرج ذلك فيدفع ذلك إلى من يجب له ذلك، فقال عليه السلام: جائز، يخرج ذلك «۱۱» من جميع المال، إنّما هو بمنزلة دين لو كان عليه، ليس للورثة شىء حتى يؤدّوا ما أوصى به من الزكاة» «۱۲». و موثّقة زرارة الواردة «فى عبد أذن له سيّده فى التجارة، فاستدان العبد فمات المولى «۱۳»، فاختصم الغرماء و ورثة الميّت فى العبد و ما فى يده، قال عليه السلام: ليس للورثة سبيل على رقبة العبد و ما فى يده من المال و المتاع، إلّا أن يضمنوا دين الغرماء جميعا، فيكون العبد و ما فى يده من المال للورثة، فإن أبوا كان العبد و ما فى يده من المال للغرماء، يقوّم العبد و ما فى يده من‌المال ثم يقسّم ذلك بينهم بالحصص، فإن عجز قيمة العبد و ما فى يده عن دين الغرماء رجعوا إلى الورثة فيما بقى لهم إن كان الميّت ترك شيئا «۱۴»، و إن فضل «۱۵» قيمة العبد و ما فى يده عن دين الغرماء ردّ على الورثة» «۱۶». إلى غير ذلك من الأخبار. و لأنّه لو انتقل المال إلى الوارث لا نعتق عليه من لا يستقرّ ملكه عليه من الأقارب بمجرّد موت المورّث إن كان عليه دين مستوعب. و التالى باطل بلا خلاف، كما عن الخلاف «۱۷». و لاستمرار سيرة المسلمين على دفع نماء التركة فى الدين، و الإنكار على من اقتصر على دفع الأصل فى الدين و إن قصر عن الدين، و هو كاشف عن بقاء الأصل فى حكم مال الميّت، فيتبعه النماء. و للنظر فى هذه الوجوه مجال لاندفاع الأصل بما يجىء من أدلّة الانتقال إلى الوارث، و إمكان دعوى ظهور الآيات فى تأخّر قسمة الإرث عن الوصيّة و الدّين لدفع توهّم مزاحمته لهما بتقسيط التركة على الثلاثة، فمساق الآية مساق ما ورد من أنّه يبدأ بالكفن، ثمّ الدّين، ثمّ الوصيّة، ثمّ الإرث «۱۸»، و ليس فى مقام تأسيس حكم تملّك الورثة حتّى يقيّد بكونه بعد الوصيّة و الدين [و لو سلم ظهورها فى تقييد أصل التملك، لوجب حملها على تقييد استقرار الملك و استقلال الملك بالتأخّر عن الوصية و الدين، جمعا بينها و بين ما سيأتى] «۱۹». و بهذا «۲۰»

يمكن الجواب عن الأخبار، مضافا إلى أنّ ظاهرها تأخّر التملّك مطلقا عن الدين و لو لم يستوعب، و هو خلاف المعروف من الأصحاب، فيجب إمّا تقييد الدّين بالمستوعب، أو إرجاع القيد إلى الاستقرار و الاستقلال، بل هو ظاهر نفى السبيل فى موثقة زرارة المذكورة «۲۱». نعم، هذا لا يتوجّه على ظاهر الآيات حيث إنّ المقيّد فيها بالتأخّر هو تملك الورثة سهامهم من مجموع ما ترك، و لا ريب فى توقّفه على عدم الدين و لو كان غير مستوعب. و أما لزوم انعتاق [القريب على الوارث فبمنع الملازمة فإنّ عمومات أدلّة انعتاق] «۲۲» بعض أقارب الرجل عليه معارض بما دلّ من النصوص و الفتاوى «۲۳» على تعلّق حق الديان بالتركة، و اختصاص التركة بالديّان إذا أبى الوارث عن ضمان الدين للغرماء، كما هو صريح موثقة زرارة المتقدّمة. و أما التمسك بالسيرة المذكورة ففيه: إنها مجرّد عادة مستحسنة عند العقل أو الشرع استقرّ بناء أهل المروءة عليها، مع أنّ الملازمة بين تملّك الوارث للأصل و استقلاله فى النماء محلّ نظر، و إن كان ظاهرهم الفراغ عن هذه الملازمة، كما سيجىء جعله من ثمرات المسألة. و لأجل ما ذكرنا من ضعف بعض «۲۴» هذه الوجوه و إمكان رفع اليد عن بعضها، ذهب جمع- كما عن الخلاف «۲۵»- إلى انتقال التركة إلى الوارث. و حكى ذلك

عن المبسوط «۲۶»، و جامع الشرائع «۲۷»، و حکی عن الشهید فی محکی حواشی القواعد «۲۸»، و تبعهم الفاضل فی کثیر من «۲۹»

کتبه «۳۰»، و الشهید و المحقّق الثانیان «۳۱»، و فخر الـدین فی حجر الإیضاح «۳۲»، و کاشف اللّثام فی شـرح میراث القواعد «۳۳»، بل ظاهر بعض أنّه المشهور «۳۴» و عن التذکرة: إنه الحق عندنا «۳۵». و یـدلّ علیه- مضافا إلی إطلاق آیة الإرث مثل قوله تعالی إِنِ امْرُؤٌ هَلَکَ لَیْسَ لَهُ وَلَدٌ وَ لَهُ أُخْتٌ فَلَها نِصْفُ ما تَرَکَ «۳۶» دلّ علی سببیة الهلاک للإرث، و قوله تعالی لِلرِّجالِ نَصِیبٌ مِمَّا تَرَکَ الْوالِدانِ وَ الْأَقْرَبُونَ.. الآیة «۳۷» و آیـة أولوا الأرحام «۳۸»- : أنّه لو لا ذلـک لم یشارک ابن الابن عمّه فی میراث جـدّه إذا مات أبوه قبل إیفاء الـدّین، و التّالی باطل إجماعا. و أنّه لو لم «۳۹» ینتقل المال إلیه لم یجز له الحلف لإثبات دین لمورّثه إذا أقام شاهـدا واحـدا به إذ لا یمین لإثبات مال الغیر، کما یظهر من النّصوص «۴۰» و الفتاوی «۴۱». و أنّه لو لم ینتقل إلیه لزم إمّا خروج الترکة عن الملک، أو بقاؤه بلا مالک، أو کون المیّت مالکا له «۴۲»، و انتقاله إلی غیر الوارث، و الکلّ باطل بالعقل و النقل. و یمکن الجواب عن الإطلاقات: بما ذکر من الآیـات المقیّـدة. و عن مشارکـة ابن الابن: بأنّه لأجل وراثته لما «۴۳» ترک أبوه من استحقاق الإرث لو لا الـدّین، کمشارکة البعیـد للقریب فیمـا ینتقـل بالخیـار، کما إذا باع المیّت بخیار فمات عن اثنین، فمات أحـدهما عن ابن، فإن ابن الابن یشارک عمّه فی المبیع لأجـل وراثته الخیـار عن أبیه. و عن جواز حلف الوارث: بأنّه لأجل الإجماع «۴۴» علی کون المحاکمـة للوارث فهو الدّلیل علی جواز حلفه لإثبـات مـال مورّثه. و عن الوجه الأخیر: بمنع عـدم قابلیّـة المیت للملـک، و إلّا بقی الکفن و مئونـة التجهیز بلا مالک، أو خرج عن الملکیّة، و کذا دیة الجنایة علیه «۴۵» بعد موته، و کذا العین الذی أوصی بدفعه اجرة للعبادة، و کذا ترکة الحرّ إذا لم یخلّف «۴۶» سوی قریب مملوک حیث حکموا بوجوب شرائه و عتقه لیرث البـاقی. و لو التزم فیمـا عـدا الأخیر بانتقـاله إلی الوارث- إلّا أنّه یتعین علیه صـرفه إلی الوجه الخاص و محجور عما عـداه من التصـرّفات، کما حکی عن جامع المقاصد «۴۷»، و التزم ذلک فی الثلث الموصی به «۴۸»- لم یتـأتّ ذلـک فی الأخیر إذ المفروض أنّ المملوک قبل العتق لا یرث. و احتمال انتقاله إلی اللّه- کما فی الوقف العام «۴۹»- مشترک. اللّهم إلّا أن یقال بانتقاله إلی الإمام علیه السـلام، بمقتضـی عموم ما دلّ علی أنّ الإمام یرث من لا وارث له «۵۰» فـإنّ وجود القریب الممنوع عن الإرث کعـدمه، فالقریب المملوک کالقاتل و ولـد الملاعنـة و الکافر «۵۱»، فیکون حکم الإمـام علیه السلام بشراء المملوک و عتقه و إعطائه@@@

المکاسب، ج۴، ص ۴۰۴

الباقی «۱» تفضّلا منه علیه السـلام علی المملـوک، فهو حکم شـرعی ثـانوی، و لیس من بـاب الإرث بـالنسب حـتی یکون مخصصـا بالعمومات «إنّه لا یرث عبـد حرا» «۲»، فتأمّل. و أمّا احتمـال کونه ملکا للّه، فهو- مع أنّ الظّاهر کما ادعی الاتفاق علی عـدمه- مناف لعموم ما دلّ علی أنّ ما کان للّه فهو للإمام علیه السلام «۳»، مع أنّ نسبة الملکیّة بالمعنی المتعارف- أعنی: الربط الخاص الموجود بین الأملاک و الملّاک- إلی اللّه تعالی شأنه محل تأمّل و نظر، و أن قال به جماعة فی الوقف العام «۴». و أمّا احتمال انتقاله إلی الدیّان أو أجنبیّ آخر فهو مخالف للإجماع،- کما ادعی «۵»- فلم یبق من مقدمات الدلیل المذکور إلّا إبطال خروج المال عن الملک، أو جواز بقـاء الملـک بلا مالک. و إن أبیت عن إبطالهما «۶» بالاتّفـاق کمـا ادّعـاه علی ثانیهما ثانی المحققین، قال «۷» فی محکی المقاصـد: فیکفی فی إبطالهمـا صـحة ورود عقود المعاوضـات علیه، کـالبیع و الإجارة و نحوهما، مما یتوقف علی ملکیّـة مورده، و وجود مالک ینتقل إلیه عوضه «۸». و یمکن تقریر الدّلیل المذکور بوجه آخر أسهل فی إبطال اللوازم المذکورة، و هو أنّه لا ریب فی تحقّق الوراثة الفعلیّـة شـرعا و عرفا لجمیع الترکة بعد إیفاء الدین من الخارج، أو إبراء الدّیّان، أو تبرّع الأجنبیّ، و لیس معنی الوراثة شـرعا و عرفا إلّا انتقـال المـال من الموروث إلی الوارث، فلو خرج المـال بموت المورث عن الملکیـة لم یتحقق [الانتقـال، و لو بقی بلا مالک لم یکن الانتقـال من المیّت، و لـو انتقـل إلی اللّه أو إلی غیر الـوارث لم یکن الانتقـال من المیّت إلی الوراث] «۹» لأن الوراثـة هی الانتقال بلا واسـطة، و لـذا لا یسـمّی انتقال بعض الترکة من الموصـی له «۱۰» إلی الوارث بالابتیاع وراثـة. و کیف کان، فالظاهر تمامیّـة مقدّمات

الـدليل المـذكور، و به يثبت صـحّة القول الثانى و إن سـلّمنا مخالفته لظاهر الآيات، إلّا أنّ الوجه المذكور قابل لصـرفها عن ظاهرها، و لكن المسألة مشكلة جدا، و اللّه العالم.

هذا كله فى الدين المسـتوعب، و أمّا ما لا يسـتوعب التركة، فتارة يقع الكلام فيما قابل الدين منها، و اخرى فى الفاضل عنه. أمّا الأوّل: فالظّاهر أنّ الخلاف فيه كما فى الـدّين المستوعب، و تـدلّ عليه الأدلّة المتقدّمـة. و أمّا الثانى: فملكيّته للوارث ممّا لا خلاف فيه على الظـاهر- كمـا يظهر من غير واحـد- و إن كـان ظـاهر الأخبـار المتقدّمـة خلافه. و أمّا جواز تصـرّفه فيه و عـدم حجره عنه، ففيه قولان: أحدهما: نعم- و هو للفاضل «۱۱»، و المحكى عن الجامع «۱۲»، و الشـهيد فى حواشيه على ميراث القواعد «۱۳»، و المسالك «۱۴»، و الكفاية «۱۵»، و بعض آخر، بل ظاهر عبارة المناهل ظهور عدم الخلاف فيه «۱۶»- لأصالة تسلّط المالك على ملكه إلّا أن يثبت الحجر «۱۷». و الثانى: لا «۱۸»- و هو المحكى عن ميراث القواعد «۱۹»، و رهن الإيضاح «۲۰» و حجره «۲۱»، و حجر جامع المقاصد «۲۲»، و كتاب الـدين من إيضاح النافع «۲۳»، و ظاهر المبسوط «۲۴» و السـرائر، مدعيا عدم الخلاف فيه «۲۵»، كما عرفت من عبارته المتقـدّمة «۲۶»- للأخبار المتقدّمـة «۲۷» الظـاهرة فى أنّ [الورثـة لا- يملكون شـيئا إلّا بعـد الأداء أو الضـمان خرجنا عن ظاهرها فى أصل الملكية بالنسبة إلى الفاضل] «۲۸». و قـد يتمسك- أيضا- بالآيـة المتقدّمة، و فيه نظر لأنّ التّقييد فى الآية بما بعد الدين إمّا للتملّك، و إمّا [ل] «۲۹» جواز التّصـرف. و على كل حال، فمفادها تقييـد تملّك مجموع ما ترك الميّت أو التصـرّف فيه بما بعـد الـدّين، و لا خلاف فى ذلـك. فالعمـدة هى الأخبـار، إلّا أنّها معارضـة بما يخالفها مثل مرسـلة البزنطى المصـحّحة إليه: «عن رجل يموت و يترك عيالا و عليه دين، أ ينفق عليهم من ماله؟ قال: إذا استيقن أنّ الّذى عليه يحيط بجميع المال فلا ينفق عليهم، و إن لم يستيقن فلينفق عليهم من وسـط المال» «۳۰». و فى معناها ما عن ثقة الإسـلام و الشـيخ فى الموثّق عن ابن الحجّاج عن أبى الحسن عليه السلام «۳۱». و لعلّه «۳۲» يجوز الإنفاق مع الشك فى الإحاطة للبناء على أصالة عدمها. فالأقوى الجمع بين هذين و بين الأخبار المتقدّمة بتقييد جواز التصرّف، بصورة ضمـان الورثـة أو وليّهم دين الغرمـاء، كما هو صـريح موثّقـة زرارة المتقدّمـة «۳۳». لكـن «۳۴» يأبـاه التفصـيل فى هـذين بين صورتى الإحاطة و عدمها إذ مع الضّـمان لا فرق بينهما فى جواز التّصـرف. فالأولى حملها على الإنفاق بعد عزل القدر المتيقّن من الدين، و إنّ ولىّ الميّت أو الورثة يجب عليه مع عدم الإحاطة أن لا يحبس حقّ الورثة لأجل الغرماء، بل يعزل حقّهم و ينفق الباقى.

فالأظهر- حينئـذ- ما دلّت عليه الموثّقـة المتقدّمـة من عدم جواز التّصـرف قبل الضـمان. و أمّا ما دلّ بظاهره منها على توقّف التصـرّف على الأداء، فمع وروده مورد الغالب من إقـدام الوارث على الأداء «۳۵» من قيمة العين، لا ضـمان الدين فى الذمة، يجب تقييد مفهومه الغائى بمنطوق الموثقة. ثمّ لا يبعد أن يراد من الضّـمان فيها هو مجرد التعهّد بالمال، مع إذن الغرماء صـريحا، أو رضاهم بشاهد الحال، بحسب مقتضـى حـال الوارث من عزمه على الأداء و وفائه بما يعزم عليه. و على ما ذكرنا «۳۶» ينطبق ما يشاهد «۳۷» من استمرار سيرة المسـلمين على عدم الامتناع من التّصـرف فى مال مورّثهم- من بيته «۳۸» و أثاث البيت و غير ذلك- إلى أن يسـتأذنوا الغريم الّذى له على الميت مـا يفى به جزء من مائـة ألـف جزء من تركـة الميت. و حينئـذ فـالوارث إذا علم من نفسه- فى خصوص أداء دين الميّت- حالـة يعلم برضـى الغريم بتصـرّفه فى التركـة لو اطّلع على ما فى عزمه «۳۹»، فالظاهر جواز التّصـرف و إن اسـتوعب الـدين. و على أىّ تقدير، فلو تصـرّف الوارث فى موضع الجواز فتلف باقى التركة قبل إيفاء الدين، فالظاهر رجوع الغرماء إلى الوارث، لعموم ما دلّ على أنّه يبدأ «۴۰» بالدين قبل الإرث «۴۱»، و إطلاق ذيل موثّقـة زرارة المتقدمـة الآمرة برجوع الغرماء فيما بقى من حقوقهم إلى الورثة إن كان الميّت ترك شيئا «۴۲». و لو أعسـر الوارث حينئذ، فلا يبعد أن يكون للغريم نقض تصرفه فيما تصرّف فيه «۴۳» من بعض التركة- كما ذكره فى القواعـد «۴۴»- لكشف تلف بعض التركـة عن عـدم اسـتحقاق الوارث لمـا تصـرّف فيه، فتأمّل. نعم، لو عزل دين الميت فقبضه ولىّ الميت- وصيّا «۴۵» أو غيره- و تمكن من دفعه إلى الغريم فلم يدفع ثم تلف، كان عليه «۴۶» ضمانه لا على الورثة للأخبار «۴۷»

الدّالة على ضمان من اوصى إليه بإيصال حق فتمكّن منه و لم يفعل، و قد ورد بعضها فى باب من تمكّن من إيصال الزكاة فلم يفعل «۴۸»، كمصحّحة الحلبى [عن أبى عبد اللّه: «أنه قال] «۴۹» فى رجل توفّى فأوصى إلى رجل- و على الرجل «۵۰» المتوفّى دين- فعمد الذى اوصى إليه فعزل الذى للغرماء، فرفعه فى «۵۱» بيته و قسّم الّذى بقى بين الورثة، فسرق «۵۲» الذى للغرماء من الليل، ممن يؤخذ «۵۳»؟ قال: هو ضامن حين عزله فى بيته يؤدى من ماله» «۵۴». و ما عن المشايخ الثلاثة عن أبان عن رجل [قال: «سألت أبا عبد اللّه عليه السلام] «۵۵» عن رجل أوصى إلى رجل «۵۶» أنّ عليه دينا، فقال: يقضى الرجل ما عليه من دينه و يقسّم ما بقى بين الورثة، قلت: فسرق ما كان أوصى به من الدّين، ممن يؤخذ [الدين، أ] «۵۷» من الورثة أم من الوصىّ؟ [قال: لا يؤخذ من الورثة] «۵۸» و لكن الوصىّ ضامن لها «۵۹»» «۶۰». و قريب منها رواية عبد اللّه الهاشمىّ المحكيّة عن التهذيبين فى وصىّ أعطاه الميّت زكاة ماله فذهبت «۶۱».

مسألة [۹] «۶۲» إذا مات المديون فالمحكى عن الأكثر: بقاء المال المقابل للدين على حكم [مال] الميّت،

و لا- ينتقل من حين الموت إلى الوارث إلّا الفاضل عن الدين «۶۳». و عن جماعة منهم العلّامة «۶۴» و الشهيد الثانى «۶۵»: [الذهاب] «۶۶» إلى انتقال المال بالموت إلى الوارث و إن استغرق الدين التركة. للأوّلين: ظاهر قوله تعالى مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِها أَوْ دَيْنٍ «۶۷» بناء على أنّ ظاهر اللّام فى آيات الإرث التمليك، فمقتضى القيد توقف الملك على إيفاء الوصيّة و الدين. و ظاهر الأخبار الكثيرة، مثل قوله فى الدية: «يرثها أولياء المقتول إذا لم يكن على الميّت دين» «۶۸». و قوله فى الرواية المرويّة فى باب الزكاة: «إنّما هو بمنزلة الدين لو كان عليه، ليس للورثة شىء حتى يؤدّوا ما أوصى به من الزكاة «۶۹». و قوله عليه السلام فى موثّقة زرارة: «فى عبد أذن له سيّده فى التجارة، فاستدان العبد فمات المولى فاختصم الغرماء و الورثة فيما فى يد العبد، قال: ليس للورثة سبيل على رقبة العبد و ما فى يده من المال و المتاع، إلّا أن يضمنوا دين الغرماء جميعا، فيكون العبد و ما فى يده من المال للورثة، فإن أبوا كان العبد و ما فى يده من المال للغرماء، يقوّم العبد و ما فى يده من المال، ثم يقسّم ذلك بينهم بالحصص، فإن عجز قيمة العبد و ما فى يده عن أموال الغرماء رجعوا إلى الورثة فيما بقى لهم إن كان الميت ترك شيئا، و إن فضل قيمة العبد و ما فى يده عن دين الغرماء رد على الورثة» «۷۰». و ممّا استدلّ به الشيخ فى المبسوط لهذا القول أيضا: إنّه لو انتقل المال إلى الورثة لانعتق قريب الوارث عليه بمجرّد موت المورث و إن كان عليه دين مستوعب، و التالى باطل بلا خلاف «۷۱». و للآخرين: إنه لو لم ينتقل إلى الوارث لبقى مالا بلا مالك، و هو محال عقلا- و إنّه لو لم ينتقل لم يشارك ابن الابن عمّه فى ميراث جده إذا مات أبوه قبل إيفاء الدين. و التالى باطل إجماعا. و للنظر فى كل من أدلّة الطرفين مجال، إلّا أنّ الأقوى هو القول الثانى لأن كون التركة ملكا ممّا لا يقبل الإنكار، لما قد ثبت له من الأحكام المتوقّفة على الملك، كالبيع و الإجارة، و ضمانه عينا و منفعة عند التلف، إلى غير ذلك، و توقّف الملك على المالك- أيضا- كذلك لأن الملكيّة من الإضافات المتوقّفة على تحقّق أطرافها، و ليس هنا من يملك إلّا الوارث لأنّ مالكيّة الديّان منتفية إجماعا «۷۲». و أورد عليه النقض ب: ثمن الكفن، و مئونة التجهيز، و الزكاة، و دية الجناية على الميت- التى ورد النص بأنّها ليست للورثة بل يتصدّق [بها] للميّت فى وجوه البر «۷۳»- و بالوقف العام. فإن قيل: إنّه ملك للّه تعالى. قلنا بمثله فى مال الميّت، إلّا أنّ الفارق وجوب صرف هذا فى ديون الميّت. و يمكن الجواب- فيما عدا النقض بالوقف- : بالتزام ملكيّة الكفن و نحوه للورثة، و نحوه المال الموصى به فى مصرف مخصوص كاستئجار العبادة و نحوه، و دية الجناية للفقراء، و الزكاة لهم أو لكافّة المسلمين. و أمّا احتمال كونه كالوقف ملكا للّه، فهو مخالف للإجماع على أنّ الملك هنا ليس للّه تعالى لأنّ أصحابنا بين قائل بانتقاله إلى الوارث، و بين قائل بكونه فى حكم مال الميّت «۷۴»، مع أنّ ثبوت الملك بالمعنى المتعارف للّه تعالى محلّ تأمّل، و إن قيل به فى الوقف العام، مع أنّ انتقال الملك إلى اللّه ليس بناقل اختيارىّ، و الاضطرارى غير ثابت. فإن قلت: الانتقال إلى الوارث- أيضا- غير ثابت. قلت: انتقاله إليه فى الجملة ثابت، إنّما الكلام فى كون ذلك قبل إيفاء الدين أو بعده، فيحكم بثبوت الانتقال قبل الإيفاء بأصالة عدم

الانتقال إلى غيره، نظير ما إذا ثبتت الحقيقة العرفيّة للفظ و شكّ فى كونه فى اللّغة كذلك، فإنّه يحكم بثبوت الحقيقة العرفية فى اللّغة- أيضا- بأصالة عدم النقل، و لا يجرى هنا أصالة تأخّر الوارث «۷۵». فحاصل الاستدلال: أنّ الأمر دائر بين تملك الميت، أو تملك الوارث، أو كون الملك للّه تعالى. و الأوّل باطل قطعا، فيدور الأمر بين الأخيرين و حيث إنّ تملك الوارث ثابت فى الزمان المتأخّر، و يشك فى ثبوته عند الموت، فيحكم بثبوته هناك، نظير ما ذكر فى الحكم بسبق المعنى العرفى و عدم مسبوقيّته لوضع آخر، هذا، و لكنّ العمدة فى نفى احتمال ملكيته للّه هو الإجماع المركّب كما عرفت، و إلّا فإثبات سبق التملّك بهذا الأصل غير صحيح، و المعتمد فى إثبات سبق الحقيقة العرفيّة عند الشكّ على أمور أخر، فتدبّر. نعم، يمكن أن يوجّه الاستدلال المذكور بأنّ الإرث عرفا و شرعا هو انتقال ما كان للميت من مال أو حق منه إلى الوارث، و لا يتحقق هذا المعنى إلّا بعد عدم توسّط مالك ثالث بين الميت و الوارث، و إلّا لانتقل المال إلى الوارث منه لا- من الميّت، فحينئذ فيدور الأمر- قبل إيفاء الدين- بين تملك الميّت و تملك الوارث، و الأوّل باطل لكونه خرقا للإجماع، و لأن الميت إمّا أن يراد به نفس الجسد، و لا يخفى عدم قابليته للتملك، و إمّا أن يراد به النفس الباقية بعد الموت، و هو و إن تصوّر فيه الملك نظير ما يقال فى حصول الملكيّة للّه تعالى فى الوقف العام، إلّا أنّ ملاحظة أحكام الملك و المالك يكشف كشفا قطعيّا عن بطلانه، كيف و لو كان كذلك لزم انتقال عوض التركة إليه إذا باعها الوارث، و انعتق عليه من يعتق عليه إذا انتقل إليه، إلّا أن يمنع ذلك من أجل الحجر عليه و إن كان مالكا، و لجاز الربا فى المعاملة الواقعة من الوارث إذا كان مع ولد الميت أو زوجته، و لجاز نقل الملك إليه، و الوقف عليه، إلى غير ذلك مما هو متّفق البطلان. و لو فرض تسليم قابليّة النفس الناطقة للملك، لكن نقول: لا- بد من التزام انتقال المال من الإنسان لأنّ المالك فى حال الحياة ليس خصوص النفس الناطقة- كما لا يخفى- و قد علمت أنّ الإرث انتقال المال من الميت إلى الحيّ لا إلى النفس، و منه إلى الوارث. و كيف كان، فهذا الوجه هو المعتمد فى الاستدلال. و أمّا ما ذكر من اشتراك ابن الابن لعمّه إذا مات أبوه قبل الإيفاء فهو أعم من المطلوب لاحتمال كونه لأجل انتقال تأهّل الملكيّة بعد الدين إليه من أبيه، و انتقال سبب الملك كاف فى استحقاق النصيب، كما لو كان للميّت خيار، فإن ابن الابن يرث الخيار من أبيه فيشارك مع عمّه فى البيع المستردّ بالخيار، و نحوه ورثة الموصى له، فإنهم إذا قبلوها تنتقل إلى ورثة الموصى له حين موته لا حين قبولهم لأنّهم إنّما ورثوا قابليّة الملك و القبول للموصى به. و كذا الوقف المنقطع الآخر الذى قيل: إنّه يرجع بعد الانقطاع إلى ورثة الواقف، بناء على انتقاله إلى ورثته حين الموت لا حين انقراض الموقوف عليهم، و يحتمل الانتقال إلى ورثته حين الانقراض، بناء على أنّه يقدّر انتقاله إلى الميت من ذلك الحين، و الفرق بينه و بين الخيار و الوصيّة أنّهما إنّما ينتقلان من الميت إلى وارثه، ثمّ منه إلى وارثه، و هكذا، و انتقال المال تابع للخيار و الوصيّة، بخلاف الوقف فإنّه يقدّر انتقاله إلى الميت من حين الانقراض. و وجه الاحتمال الأوّل: هو أن الواقف له تأهّل انتقال الوقف إليه لو انقرض الموقوف إليه «۷۶». و بهذا المعنى ينتقل إلى وارثه، ثم إلى وارثه، و هكذا، فيكون انتقال المال تابعا لانتقال ذلك التأهّل، كانتقال المال فى الخيار و الوصيّة. و يدلّ على تملّك الوارث- مضافا إلى ما ذكرنا- إطلاقات الإرث، مثل قوله تعالى لِلرِّجالِ نَصِيبٌ مِمَّا تَرَكَ الْوالِدانِ وَ الْأَقْرَبُونَ.. الآية «۷۷». و قوله تعالى إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَ لَهُ أُخْتٌ فَلَها نِصْفُ ما تَرَكَ «۷۸». دل على سببيّة الهلاك لتملّك الوارث. و يؤيّدها آية اولى الأرحام «۷۹» و قوله تعالى وَ لِكُلٍّ جَعَلْنا مَوالِيَ مِمَّا تَرَكَ الْوالِدانِ وَ الْأَقْرَبُونَ «۸۰». و تقييدها بما بعد الوصيّة و الدين لوجود الآيات المقيّدة ممنوع، أوّلا: بما سيجىء من عدم دلالة تلك الآيات إلّا على كون القسمة بين الورثة بعد الدين، لا أنّ التملك بعده. و ثانيا: لو سلمنا دلالتها على ذلك لكن نقول: لا يمكن تقييد الآيات المطلقة بها لأنّا إن قلنا بظهور اللّام- وضعا أو انصرافا- فى الملكيّة المستقرة السليمة عن مزاحمة الغير، فلا يخفى أنّ تقييد هذه الملكيّة بما بعد الدين- كما تضمنته الآيات- متفق عليه. [على أن التقييد فى هذه] «۸۱» الآيات ليس بأولى من حمل الملكية- المستفادة من اللام- و الأولوية و المولوية على ما لا- ينافى مزاحمة حقّ الغير المانع من التصرف المنافى له، و إن كانت ظاهرة فى غير ذلك «۸۲». إلّا أنّ الآيات المطلقة المذكورة كما يمكن تقييد الملكيّة المذكورة المستفادة منها بما بعد الدين بقرينة الآيات المقيّدة، كذلك يمكن أن يراد من الملكيّة

فيها- الظاهرة في الفرد المستقر- مطلق الملكيّة المجامع مع عدم الاستقرار و مزاحمة الغير. و دعوى أولويّة تقييد المطلق من إرادة الإطلاق من المطلق المنصرف إلى بعض أفراده، ممنوعة. و إن قلنا بعدم ظهور فى أزيد من مطلق الملكيّة فيدور الأمر بين تقييد الآيات المطلقة بما بعد الدين، لشهادة الآيات المقيدة، و بين تقييد الملكيّة المقيّدة بما بعد الدين- فى الآيات المقيّدة- على خصوص الملك المستقرّ المستقلّ السليم عن مزاحمة الغير فى التصرّف، فبقى إطلاق ثبوت أصل الملك فى الآيات المطلقة غير مقيّد بشيء، و كيف [كان] «۸۳» فلا يتعيّن تقييد الآيات المطلقة بالآيات المقيّدة. و أمّا ما استدلّ به الأكثر على عدم الملك من الوجوه الثلاثة: فأمّا أصالة عدم الانتقال إلّا بعد الإيفاء و إن كانت جارية هنا و لا تعارضها أصالة عدم الانتقال إلى مالك آخر فضلا عن أن تقدّم عليها، و إنّما تقدّم عليها فى تعيين أوضاع الألفاظ لوجوه أخر- كما عرفت سابقا- إلّا أنّ الأصل يخرج عنه بما ذكرنا من الدليل. و أمّا التمسك بلزوم انعتاق من ينعتق على الوارث بمجرّد الموت مع إحاطة الدين، فيرد عليه: منع عموم الدّليل على الانعتاق بمجرّد الملك، حتّى فيما إذا كان متعلّقا لحق الغير و كان المالك ممنوعا من التصرّف. و عموم ما دلّ على أنّه لا يملك الرجل محارمه معارض بعموم ما تقدّم من الدليل، على أنّ الورثة إذا أبوا عن ضمان الدين كان التركة للغرماء يقوّمونه و يأخذون حقّهم «۸۴». و أمّا التمسك بالآيات المتضمّنة لقوله مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ.. أَوْ دَيْنٍ «۸۵» ففيه: أوّلا: انّ الظاهر من الآية سوقها لبيان كيفيّة القسمة- بعد كون مالكيّة الورثة و استحقاقهم فى الجملة مفروغا عنه- لا لتأسيس الحكم بأصل التملّك، فالمتأخر عن الوصيّة و الدين هى قسمة الإرث بين الورثة على النحو المذكور فى الآيات، فالمراد: أنّ الورثة لا يزاحمون الموصى له و لا الديّان. فمساق الآية مساق ما ورد من أنّ أوّل شيء يبدأ به من المال: الكفن، ثم الدين، ثم الوصيّة، ثم الميراث «۸۶». و ربما يظهر ما ذكرنا من بعض فقرات الآيات، مثل قوله تعالى فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَ وَرِثَهُ أَبَواهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ.. إلخ «۸۷»، فإنّ قوله وَ وَرِثَهُ أَبَواهُ دل على أنّ قوله فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ و قوله فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مسوق لبيان كيفيّة القسمة، فالمقيّد بقوله: مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ هى القسمة بين الأبوين، لا أصل إرث الأبوين لمال الميت. فالمقصود من القيد بيان عدم مزاحمة إيفاء الوارث للوصيّة و الدين. و ثانيا- سلّمنا أنّ القيد يرجع إلى الملكيّة لكن نقول: لمّا كان الظاهر من الملكيّة المستفادة من اللّام- الموضوعة للاختصاص المطلق- هو استقلال المالك و عدم مزاحمته فى التصرّف، فالقيد راجع إلى الملكيّة على هذا النهج، و تأخّرها عن الدين ممّا لا خلاف فيه. اللّهمّ إلّا أن يقال: إنّ خصوصيّة الاستقلال فى الملك و التسلّط، و عدم تسلّط الغير ليس من الأمور المستفادة من «لام التمليك»، بل و لا «لام الاختصاص» لأنّ غاية الاختصاص المطلق المستفاد من اللّام هو الاستقلال، بمعنى عدم مدخليّة الغير فى الملكيّة و نفى تشريك الغير.

و أمّا عدم مدخلية الغير فى مزاحمة المالك و منعه عن التصرّف، فهو من الأحكام الشرعيّة الثابتة للأملاك لو خلّيت و أنفسها، و أظهر من ذلك- فى الخروج عن مدلول اللّام- استقرار الملك و عدم تزلزله بتسلط الديّان على إبطاله عند امتناع الوارث من أداء الدين، فإنّ هذا ليس من أحكام الملك- فضلا عن مدخليّته فى نفس الملك- ليكون داخلا فى مفاد اللّام، بل هو مقتضى استصحاب الملك. و أمّا تنجز الملك و عدم مراعاته بضمان الدين، أو مقتضى إطلاق الحكم بالملكيّة، فاتّضح إنّ شيئا من الخصوصيّات المذكورة للملك- اعنى الاختصاص بمعنى عدم مدخليّة الغير فى المنع عن التصرّف، و استقرار الملك و تنجّزه- ليس مستفادا من نفس اللفظ حتّى يرد عليه التقييد، فيكون مؤدّاه توقّف الملك الخاص على إيفاء الدين، فلا ينافى حصول أصل الملك قبل الإيفاء. نعم، لو سلّم عدم دلالة اللّام على أكثر من مطلق الملك- لكن ادعى أنّ المراد من المطلق: الملك الخاص، اعنى المنجّز المستقرّ السليم عن المزاحمة، فالتقييد وارد على هذا المقيّد المراد من المطلق- كان حسنا بشرط إثبات الدليل من الخارج على ثبوت أصل الملك، حتى لهذا التقييد المذكور. نعم، يمكن أن يقال- كما أشرنا سابقا- : إنّ إبقاء الملكيّة- المقيّدة فى هذه الآيات بما بعد الدين- على إطلاقها موجب لتقييد الآيات المطلقة المتقدّمة «۸۸» بهذه الآيات، فيدور الأمر بين تقييد الملكيّة المطلقة- فى آيات الدين- بالملكيّة المستقرة السليمة عن مزاحمة الغير فى التصرّف، و بين تقييد أصل الملكيّة- فى تلك الآيات المطلقة- بما بعد الدين، و لو لم نرجّح التقييد الأوّل، فلا نرجّح الثاني. لكنّ الإنصاف إنّ التقييد الثاني أرجح، و حينئذ فمع الإجمال فى الآيات المطلقة و

الآيـات المقيّدة، فالمرجّح مـا ذكرنـا من الـدليل العقلى، لاـ إطلاقـات الآيات المتقدّمـة، مضافا إلى قوّة احتمال ورودها فى مقام بيان استحقاق الأقـارب فى مقابـل الحرمـان بالكليـة، و يشـهد له: أنّ الآيـة الأولى إنّما نزلت فى ورثـة بعض الأنصار حيث إنّ إخوة الميّت أخذوا المال و حرموا أولاده الصغار و امرأته «۸۹»، فيكون مساقها مساق جميع الإطلاقات الواردة فى أنّ للأبوين كـذا، و للأخ كذا، و للخـال كـذا، و للعمّ كـذا، إذ لاـ يرتـاب أحـد فى ورودها فى مقام تشـخيص المسـتحقّين إذا فرض ثبوت الإرث و الاسـتحقاق لأصـل الوارث فى وقت. و يؤيّـده إطلاقهم- ظاهرا- على أنّ الوارث له حقّ المحاكمة، بمعنى أنّه لو ادّعى لمورّثه مالا على أحد، فأقام شاهدا واحـدا، فله الحلف و أخـذ الحقّ، و إن كان على الميت دين يحيط بالحقّ. و قـد دلّت النصوص «۹۰» و الفتـاوى على أن اليمين المثبتة هى اليمين لإثبـات مـال لنفسه، و لاـ يمين لإثبات مال للغير بلا خلاف ظاهرا «۹۱»، مع صـراحة النصوص فى أنّ المعتبر فى جزء البيّنة يمين صـاحب الحق، و مشـروعيّة الحلف من الوارث، مع مـا ثبت من أنّه لا يمين لإثبات مال للغير يـدلّ على أنّ التركـة مال الوارث. و اعلم أنّ الظاهر إنّ حكم الوصـيّة و حكم الـدين واحـد، كما صـرّح به بعض، حاكيا له عن جمع الجوامع «۹۲» و فقه الراوندى «۹۳» و غيرهما من مصنّفى آيات الأحكام «۹۴». ثم إنّ الثمرة بين القولين تظهر فى مواضع: منها: وجوب فطرته- لو كان عبـدا- على الوارث، بل وجوب زكاة المال، على أحد الوجوه كما سيجىء. و منها: اسـتحقاق الوارث لنمائه لأنّه نماء ملكه، و فى تعلق حقّ الديّان بالنماء- كما فى فوائـد الرهن على أحـد القولين- احتمال، و إن نسب إلى الأصـحاب القطع بخلافه فى المـدارك «۹۵». و يؤيد هذا الاحتمال: عموم قوله عليه السـلام فى الرواية المتقدّمة: «ليس شىء للورثة حتى يؤدوا ما عليه» «۹۶»، و قوله: «ليس للورثـة سبيل على رقبة العبد و ما فى يده» «۹۷»، و قوله عليه السـلام فى ولـد المكاتب المطلق: «ليس له شـىء حتى يؤدى ما على أبيه» «۹۸» فإنّ الظاهر.. «۹۹». نعم، مقتضـى الأصل و قاعـدة «تسـلّط الناس على أموالهم» ما نسب إلى الأصـحاب. و منها: جواز بيع التركـة قبل الإيفاء، ذكره فى الدروس «۱۰۰»، فـإن أراد الجواز مع عـدم الضـمان، و عـدم إذن الغرمـاء، فهو منـاف لمـا سبق من الأخبار «۱۰۱»- و حكى عليـه الإجمـاع فى الإيضاح «۱۰۲» و المسالك «۱۰۳» و كشف اللثام «۱۰۴»- من عدم اسـتقلال الوارث بالتصرف. نعم، حكم الفاضل بجواز رهن التركة «۱۰۵»، و لعلّه لأنّه يرى كون تعلق الـدين بالتركـة تعلق الرهن، لكن صـرح بعض بأنّه لم يعهد ذلك من قائل عدا ما حكاه الشـهيد فى قواعده عن السيد رضى الدين قدّس سرّهما «۱۰۶». نعم ظاهر محكى جامع المقاصـد موافقة الفاضل فى باب الرهن «۱۰۷»، لكنّه عدل فى باب الحجر «۱۰۸» كما عرفت. و إن أراد الجواز مع الضـمان أو إذن الـديّان، فالظاهر جوازه على القولين لأنّه و إن لم يكن مالكا- على قول الأكثر- إلّا أنّ له ولاية التصـرف بإذن الغرماء، إلّا أن يمنع الولاية. بل له إمّا إعطاء الأعيان بإزاء الدين بعد التقويم أو ضـمان الـدين ثم التصـرف فيهـا بما يشاء، كما يظهر من قوله عليه السـلام: «ليس للورثـة سبيل على العبـد و ما فى يـده حتّى يضـمنوا للغرماء» «۱۰۹». و منهـا: وجوب الزكاة على الوارث و عـدمه، و توضـيحه: إنّه إذا مات المالك و عليه دين و ترك نخيلا- مثلا- فإمّا أن يكون موته بعـد ظهور الثمرة و تعلّق الزكاة بها، أو قبله. و الأوّل سـيجىء حكمه. و على الثانى: فإمّا أن تكون التركـة فاضلا عن الدين. و إمّا أن يكون الـدين محيطا بالتركـة. و على التقديرين: فإمّا أن يكون الموت بعد الظهور أو قبله. فالأقسام أربعة: فعلى الأوّل يحسب الزكاة فى الفاضـل إذا بلغ نصابا، لانتقـاله إلى الـوارث. و ممنوعيته عن التصـرّف فيه- على أحـد القولين المتقـدّمين فى الفاضـل عن الـدين «۱۱۰»- لا يوجب نفى الزكاة إذ غايته انّه كالمرهون المقـدور على فكه و لو ببيعه، بل هو أولى. نعم، لو قيل بعدم الزكاة فى ما تعلّق به حقّ الغير كالرهن و لو تمكّن من فكّه، كما هو أحـد الأقوال فى الرهن، لم تجب الزكاة. و كـذلك الحكم على الثانى، و كذلك على الثالث، إن قلنا بملك الوارث. و الكلام فى حجره عن التصـرّف كما تقـدّم من أنّه لا يزيـد عن الرهن المقدور على فكّه، الذى صـرّح الشهيدان فى الروضة «۱۱۱» و البيان «۱۱۲» بوجوب الزكاة فيه، فما فى المسالك- من أنّ التركـة المحاطة بالدين لا تجب زكاتها على الـوارث و لو على الانتقـال، لمنعه عن التصـرّف «۱۱۳»- لاـ يخفى مـا فيه. ثمّ إنّه إذا أخرج الـوارث الزكـاة من العين فهـل يغرم بـدلها للـديّان؟ الظـاهر ذلـك إذ لـم يجب عليه دفع الزكاة من العين، و لا دفع الـدين منها، فالوجوب فى كل منهما تخييرى الأداء من العين و غيره، فلا يلزم من العمل بخطابى أداء الزكاة و أداء الـدين محذور لعدم التعارض، و تعلق الزكاة بالعين لا ينافى كون الخطاب تخييريّا.

نعم لو قلنا: إنّ دفع القيمة مسقط للتكليف بالإخراج من العين حيث إنّه لولايته الشرعية نقل العين المستحقة للفقراء إلى نفسه فسقط تكليفه بإخراج العين لا أنّ دفع العين أحد طرفي التخيير، أمكن القول بأنّ تعلق حق الفقراء بالعين بمنزلة تلف بعض التركة بغير اختيار الوارث، فلا يجب عليه الغرامة، مع إمكان القول بالوجوب حينئذ نظرا إلى عموم ما دل على أنّه لا يجوز للوارث التصرّف ما لم يضمن للغرماء حقهم، كما في الرواية المتقدّمة في قوله عليه السلام: «ليس للورثة سبيل على رقبة العبد و ما في يده حتى يضمنوا للغرماء» «۱۱۴». و حينئذ فوجوب التصرف بدفع الزكاة لا ينافي توقف هذا التصرف على الضمان. و إن كان واجبا- أيضا- فيجب الضمان من باب المقدّمة، و مجرّد الحكم بوجوب إخراجه من العين لا يوجب كون الإخراج مجّانا و من غير عوض، كما أنّ وجوب أخذ مال الغير في الاضطرار لا ينافي ضمانه الثابت بالقاعدة. فنتيجة القاعدة هي وجوب الأخذ بعد الضمان. فإن قلت: بعد تسليم تعلّق الزكاة به و اشتراك الفقراء فإخراج الزكاة ليس تصرفا في متعلّق حقّ الغرماء لأنّه خارج عن الإرث، فلا يشمله ما دل على منعه على التصرّف في الميراث إلّا بعد الضمان. قلت: مع أنّ هذا مبنيّ على تعلّق الشركة فيه، إنّه إنّما يستقيم لو كان تعلّق التكليف بأداء الزكاة متأخرا عن مشاركة الفقراء، نظير التكليف بأداء حصّة الشريك إليه في سائر الأموال المشتركة، و هو ممنوع. و كذا على الرابع، إن قلنا بملك الوارث، و ليس هنا مانع الحجر لأنّ الثمرة تظهر في ملك الوارث، و قد تقدّم أنّ المنسوب إلى الأصحاب القطع بعدم حجره عن التصرّف في النماء «۱۱۵». ثمّ لو قلنا: بأنّ التركة في حكم مال الميّت فظهرت الثمرة و زادت التركة و دخلت المسألة في الصورة الثانية. و لو زادت التركة عند بلوغ حدّ الوجوب في الصورة الثالثة، اتحد زمان تملّك الوارث للفاضل و زمان نفي الوجوب، و الظاهر وجوب الزكاة على الوارث للعمومات. و لو كان موت المالك بعد تعلّق الوجوب، فلا إشكال في وجوب الزكاة في هذا المال و إن كان الميّت مديونا لأنّ الدين لا يمنع الزكاة. و لو ضاقت التركة عن الدين و الزكاة، فإن كان عين المال الزكوي تالفا، بأن كانت الزكاة في ذمة الميّت فهي كأحد الديون يوزّع المال على الجميع، و إن كانت العين باقية فالظاهر دفع الزكاة أوّلا، أمّا على تقدير تعلّق الشركة فواضح، و أمّا على تقدير تعلّقه كتعلّق الدين بالرهن و دية الجناية بالعبد الجاني فلسبق تعلّق ذلك الحقّ، فيكون حقّ الغرماء بعد الموت تعلّق بمال تعلّق حقّ الغير به، فلا بدّ من فكّ الحقّ المتقدّم. ثمّ على القول بالانتقال إلى الوارث فالظاهر منعه من التصرّف مع مطالبة الورثة «۱۱۶» مطلقا و لو كان الدين غير مستوعب- وفاقا للإيضاح «۱۱۷»، و المحكيّ عن الكركي «۱۱۸»- لعموم الروايتين المتقدّمتين في قوله: «ليس للورثة شيء» «۱۱۹»، و قوله: «ليس للورثة سبيل على رقبة العبد و ما في يده» «۱۲۰». و ربّما يستدلّ لذلك بالآية، و يقال: إنّ مقتضاها أنّ تسلّط الورثة من جميع الوجوه متأخّر عن الدين و الوصيّة، خولف ذلك في أصل الملك لما دلّ عليه من الدليل العقلي و النقلي فيبقى الباقي على المنع. و فيه: انّ مقتضى الآية تأخّر التسلّط المطلق عن الدين، لا تأخر مطلق التسلط، فالعموم في قوله: التسلّط من جميع الوجوه، مجموعي لا أفرادي. و كيف كان، فمقتضى تلك الروايات هو المنع مطلقا، إلّا أنّ في بعض الأخبار دلالة على جواز التصرف إذا لم يحط الدين بالتركة، نحو مرسلة البزنطي- المصحّحة إليه- : «عن رجل يموت و يترك عيالا و عليه دين، أ ينفق عليهم من ماله؟ قال: إذا استيقن أن الّذي عليه يحيط بجميع المال فلا ينفق عليهم، و إن لم يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال» «۱۲۱». و ما سيجيء من صحيحة الحلبي الدالّة على أنّ الوصيّ إذا عزل الدين و قسّم الباقي بين الورثة ثم تلف المعزول غرمه «۱۲۲» إذ لو لم تجز القسمة قبل إيفاء الدين إلى صاحبه لكان حقّ الديان. و في معناها ما عن الكليني و الشيخ في الموثّق عن ابن الحجّاج عن أبي الحسن عليه السلام «۱۲۳» أن ينفق على الورثة مع عدم الاستغراق، و يوفّى الدين- أيضا- لوجوب إيصال حقّ كل من الورثة و الديان إليهم، لكن لا يخفى أنّه ليس في الرواية ما يوجب اختصاص ذلك بالوصيّ للميت- الولي الشرعي للصغار- بل ظاهر مطلق المتولي لأمور الميت و الورثة، فلا يبعد جواز ذلك لنفس الوارث، فيجوز له التصرف في بعض التركة مع حفظ بعضها الآخر للديان إلى زمان إمكان الأداء. نعم، لو اتّفق تلف ما للديّان بعد الإنفاق على الورثة فالضمان على الولي المتصرف إذا تمكّن من إيصال حقّ الدّيان إليهم فلم يفعل لما ورد في ضمان من اوصى إليه دفع مال إلى مستحقه فتمكّن و لم يفعل، المروى في باب: من تمكّن من إيصال الزكاة فلم يفعل «۱۲۴». و لصحيحة الحلبي عن أبي عبد اللّه عليه السلام: «أنّه قال: في رجل

توفّی فأوصـی إلی رجل، و علی الرجل المتوفّی دین، فعمـد الـذی اوصـی إلیه فعزل الذی للغرماء فرفعه فی بیته، و قسّم الذی بقی بین الورثـة، فسرق الـذی للغرماء من اللّیل، ممّن یؤخذ؟ قال: هو ضامن حین عزله فی بیته، یؤدی من ماله» «۱۲۵». و روایة أبان- المحکیّة عن الفقیه بطریـق موثّق «۱۲۶»، و عن الشیخ بطریق صـحیح إلیه مرسـل «۱۲۷»، و عن الکلینی بسـند ضـعیف مرسـل «۱۲۸»- أنّه سأل رجـل، أبـا عبـد اللّه علیه السـلام عن رجـل أوصـی إلی رجـل أنّ علیه دینـا، فقال: «یقضـی الرجل ما علیه من دینه و یقسّم ما بقی بین الورثة، قلت: فسرق ما کان أوصی به فی الدین، ممن یؤخذ؟ أمن الورثة أم من الوصی؟ قال: لا یؤخذ من الورثة و لکن الوصیّ ضامن له» «۱۲۹». و قریب منها روایـة عبد اللّه الهاشـمی المحکیّة عن الاسـتبصار «۱۳۰» و التهذیب «۱۳۱» فی وصـیّ أعطاه المیت زکاة ماله فـذهبت. و لا- بـد من حمل هـذه الروایات- وفاقا للمحکیّ عن الشیخ فی التهـذیبین- علی صورة تمکّن الوصـیّ «۱۳۲» لما تقـدّم من التقییـد فی روایـة الوصـیّ الـذی أمر بـدفع مال إلی غیره، المرویّة فی باب الزکاة «۱۳۳». و لو لم یتمکّن من الـدفع، فالظـاهر المطـابق للقاعـدة أن الضـمان علی الورثة إذ لا یسـتقر ملک الرجل علی شـیء من الترکة قبل إیفاء الدین، لما تقدّم من الروایتین الظاهرتین فی المنع من التصرف «۱۳۴»، المحمولتین- بقرینـة روایة الإنفاق «۱۳۵» و هـذه الروایات- علی أنّه لیس لهم شـیء علی سبیل الاختصاص المسـتقرّ و الملکیّـة الثابتـة حتی یؤدوا الدین. و لو أفلس الوصـی، فالظاهر رجوع الغرماء إلی الورثة، بل لا یبعد رجوعهم من أوّل الأمر إلی الورثة. و

المراد بضـمان الوصـیّ وجوب غرامته فیکون ما یغرمه کأصل مال المیّت، لا أنّ الوصیّ ضامن للدیان بمعنی عدم تسلّطهم علی الورثة. فقوله علیه السـلام فی الروایة الثانیة: «لا یؤخذ من الورثة» و إن کان ظاهرا فی ذلک إلّا أنّه لا یبعد حمله علی أنّ الضمان لا یستقرّ علی الورثة، بمعنی أن لا یرجع أحدهما إلی الوصیّ، بل الضمان یستقرّ علی الوصیّ، فإن أخذ الدیّان منه فهو، و إن أخذوا من الوارث رجع الوارث إلی الوصیّ، کلّ ذلک لما تقرّر من أنّ الإرث لا یستقرّ ما لم یبرئ ذمة المیّت.

تعریف مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

جاهِدُوا بِأَمْوالِکُمْ وَ أَنْفُسِکُمْ فی سَبیلِ اللَّهِ ذلِکُمْ خَیْرٌ لَکُمْ إِنْ کُنْتُمْ تَعْلَمُونَ (التوبة/۴۱).

قالَ الإمامُ علیّ بْنُ موسَی الرِّضا – علَیهِ السَّلامُ: رَحِمَ اللّهُ عَبْداً أحْیَا أمْرَنَا... یَتَعَلَّمُ عُلُومَنَا وَ یُعَلِّمُهَا النَّاسَ؛ فَإِنَّ النَّاسَ لَوْ عَلِمُوا مَحَاسِنَ کَلَامِنَا لَاتَّبَعُونَا... (بَنـادِرُ البِحـار – فی تلخیص بحـار الأنوار، للعلاّمـة فیض الاسـلام، ص ۱۵۹؛ عُیونُ أخبارِ الرِّضا(ع)، الشَّیخ الصَّدوق، الباب۲۸، ج۱/ ص۳۰۷).

مؤسّس مُجتمَع "القائمیّة" الثّقافیّ بأصبَهانَ – إیرانَ: الشهید آیة الله "الشمس آباذی" – رَحِمَهُ اللهُ – کان أحداً من جَهابذة هذه المدینة، الذی قدِ اشتهَرَ بشَغَفِهِ بأهل بَیت النبیّ (صلواتُ اللهِ علَیهـم) و لاسیَّما بحضرة الإمام علیّ بن موسَی الرِّضا (علیه السّلام) و بساحة صاحِب الزّمان (عَجَّلَ اللهُ تعالی فرجَهُ الشَّریفَ)؛ و لهذا أسّس مع نظره و درایته، فی سَنَةِ ۱۳۴۰ الهجریّة الشمسیّة (=۱۳۸۰ الهجریّة القمریّة)، مؤسَّسةً و طریقةً لَم یَنطَفِئ مِصباحُها، بل تُتَّبَع بأقوَی و أحسَنِ مَوقِفٍ کلَّ یوم.

مرکز "القائمیّة" للتحرِّی الحاسوبیّ – بأصبَهانَ، إیرانَ – قد ابتدَأَ أنشِطتَهُ من سَنَةِ ۱۳۸۵ الهجریّة الشمسیّة (=۱۴۲۷ الهجریّة القمریّة) تحتَ عنایة سماحة آیة الله الحاجّ السیّد حسن الإمامیّ – دامَ عِزّهُ – و مع مساعَدَةِ جمعٍ من خِرّیجی الحوزات العلمیّة و طلاب الجوامع، باللیل و النهار، فی مجالاتٍ شتّی: دینیّة، ثقافیّة و علمیّة...

الأهداف: الدّفاع عن ساحة الشیعة و تبسیط ثَقافة الثَّقَلَین (کتاب الله و اهل البیت علیهِمُ السَّلامُ) و معارفهما، تعزیز دوافع الشَّباب و عموم الناس إلی التَّحَرِّی الأدَقّ للمسائل الدّینیّة، تخلیف المطالب النّافعة – مکانَ البَلاتیثِ المبتذلة أو الرّدیئة – فی المحامیل (=الهواتف المنقولة) و الحواسیب (=الأجهزة الکمبیوتریّة)، تمهید أرضیّةٍ واسعةٍ جامعةٍ ثَقافیّةٍ علی أساس معارف القرآن و أهل البیت –علیهم السّلام – بباعث نشر المعارف، خدمات للمحققین و الطّلاّب، توسعة ثقافة القراءة و إغناء أوقات فراغة هُواةِ برامِجِ العلوم

الإسلامیّة، إنالة المنابع اللازمة لتسهیل رفع الإبهام و الشّبُهات المنتشرة فی الجامعة، و...

- مِنها العَدالة الاجتماعیّة: التی یُمکِن نشرها و بثّها بالأجهزة الحدیثة متصاعدةً، علی أنّه یُمکِن تسریعُ إبراز المَرافِق و التسهیلاتِ– فی آکناف البلد - و نشرِ الثّقافةِ الاسلامیّة و الإیرانیّة – فی أنحاء العالَم - مِن جهةٍ اُخرَی.

- من الأنشطة الواسعة للمرکز:

الف) طبع و نشر عشراتِ عنوانِ کتبٍ، کتیبة، نشرة شهریّة، مع إقامة مسابقات القِراءة

ب) إنتاجُ مئات أجهزةٍ تحقیقیّة و مکتبیة، قابلة للتشغیل فی الحاسوب و المحمول

ج) إنتاج المَعارض ثّلاثیّةِ الأبعاد، المنظر الشامل (= بانوراما)، الرّسوم المتحرّکة و... الأماکن الدینیّة، السیاحیّة و...

د) إبداع الموقع الانترنتی" القائمیّة "www.Ghaemiyeh.com و عدّة مَواقِعَ اُخَرَ

ه) إنتاج المُنتَجات العرضیّة، الخَطابات و... للعرض فی القنوات القمریّة

و) الإطلاق و الدَّعم العلمیّ لنظام إجابة الأسئلة الشرعیّة، الاخلاقیّة و الاعتقادیّة (الهاتف: ۰۰۹۸۳۱۱۲۳۵۰۵۲۴)

ز) ترسیم النظام التلقائیّ و الیدویّ للبلوتوث، ویب کشک، و الرّسائل القصیرة SMS

ح) التعاون الفخریّ مع عشراتِ مراکزَ طبیعیّة و اعتباریّة، منها بیوت الآیات العِظام، الحوزات العلمیّة، الجوامع، الأماکن الدینیّة کمسجد جَمکرانَ و...

ط) إقامة المؤتمَرات، و تنفیذ مشروع" ما قبلَ المدرسة "الخاصّ بالأطفال و الأحداث المُشارِکین فی الجلسة

ی) إقامة دورات تعلیمیّة عمومیّة و دورات تربیة المربّی (حضوراً و افتراضاً) طیلة السَّنَة

المکتب الرّئیسیّ: إیران/أصبهان/ شارع"مسجد سیّد/ "ما بینَ شارع"پنج رَمَضان "ومُفترَق"وفائی/"بنایة"القائمیّة"

تاریخ التأسیس: ۱۳۸۵ الهجریّة الشمسیّة (=۱۴۲۷ الهجریة القمریّة)

رقم التسجیل: ۲۳۷۳

الهویّة الوطنیّة: ۱۰۸۶۰۱۵۲۰۲۶

الموقع: www.ghaemiyeh.com

البرید الالکترونی: Info@ghaemiyeh.com

المَتجَر الانترنتی: www.eslamshop.com

الهاتف: ۲۵-۲۳۵۷۰۲۳- (۰۰۹۸۳۱۱)

الفاکس: ۲۳۵۷۰۲۲ (۰۳۱۱)

مکتب طهرانَ ۸۸۳۱۸۷۲۲ (۰۲۱)

التّجاریّة و المَبیعات ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور المستخدمین ۲۳۳۳۰۴۵(۰۳۱۱)

ملاحَظة هامّة:

المیزانیّة الحالیّة لهذا المرکز، شَعبیّة، تبرّعیّة، غیر حکومیّة، و غیر ربحیّة، اقتُنِیَت باهتمام جمع من الخیّرین؛ لکنّها لا تُوافِی الحجمَ المتزاید و المتّسِعَ للامور الدّینیّة و العلمیّة الحالیّة و مشاریع التوسعة الثّقافیّة؛ لهذا فقد ترجّی هذا المرکزُ صاحِبَ هذا البیتِ (المُسمَّی بالقائمیّة) و مع ذلک، یرجو مِن جانب سماحة بقیّة الله الأعظم (عَجَّلَ اللّهُ تعالی فرَجَهُ الشَّریفَ) أن یُوفِّقَ الکلَّ توفیقاً متزائداً لِإعانتهم - فی حدّ التّمکّن لکلّ احدٍ منهم – إیّانا فی هذا الأمر العظیم؛ إن شاءَ اللّهُ تعالی؛ و اللّهُ ولیّ التوفیق.


مركز القائمية اصفهان
للبحوث والتحريات الكمبيوترية
WWW
للحصول على المكتبات الخاصه الاخرى
ارجعوا الى عنوان المـركز من فضلـكم
www.Ghaemiyeh.com
www.Ghaemiyeh.net
www.Ghaemiyeh.org
www.Ghaemiyeh.ir
و للايصاء من فضلكم
۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹